Die Grenzen zwischen Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät an der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Apel
Gerichtsreferendar
aus Sagan.

1930

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Ohlau in Schlesien

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt mit Genehmigung
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. jur. et phil. Hans Helfritz.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Geschichtliche Einleitung 1

II. Die Begriffe Polizei und Gerichtsbarkeit

1. Polizei und Polizeigewalt 6

2. Rechtspflege, Justiz und Gerichtsbarkeit . . 9

III. Die Grenzen zwischen Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit

1. Der Kompetenzkonflikt 11

2. Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit

a) Die gesetzlichen Bestimmungen . . . 14

b) Der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht 20

c) Die Grenzen, dargelegt an einzelnen Beispielen 26

3. Polizeigewalt und Strafgerichtsbarkeit . . 37

4. Polizeigewalt und freiwillige Gerichtsbarkeit . 49

Schriftenverzeichnis.

I. Erläuterungsbücher. Lehr- und Handbücher. Werke von allgemeiner Bedeutung.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919. 10. Aufl. 1929.

— Justiz und Verwaltung (In Hinneberg „Die Kultur der Gegenwart", Teil II. Abt. 8: Systematische Rechtswissenschaft, S. 372/421). 2. Aufl. 1913.

— Deutsches Staatsrecht (Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler, 4. Bd. S. 1/192). 7. Aufl. 1914.

— Die Polizei. Vorträge der Gehe-Stiftung. 2. Bd. 1910.

Bähr: Der Rechtsstaat. 1864.

Baumbach: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen. 5. Aufl. 1929.

Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. 1928.

— Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechtes. 1900.

Bernatzik: Polizei und Kulturpflege (In Hinneberg „Die Kultur der Gegenwart". Teil II. Abt. 8: Systematische Rechtswissenschaft, S. 422/469). 2. Aufl. 1913.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre, I. 1894.

— Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe. II. 1883.

Biermann: Privatrecht und Polizei in Preußen. 1897.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. 3 Bde. 2. Aufl. 1890/1916.

Bornhak: Das Polizeiverfügungsrecht in Preußen. Verwaltungsarchiv Bd. 5 (1897) S. 137/188.

— Das Verwaltungsrecht in Preußen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Verwaltungsarch. Bd. 8 (1900) S. 1/88.

— Preußisches Staatsrecht, 3 Bde. 2. Aufl. 1911/1914.

Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der Verwaltungsrechtsprechung. 1914.
— Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Rechte und ihre Entwicklung seit Anfang des 19. Jahrhunderts. Tüb. staatsw. Abh. 16. Heft, 1911.
Claasen: Die Polizeiverfügung. Dissertation Greifswald. 1914.
Daimer: Die Unterscheidung der strafbaren Handlungen nach ihrer Schwere. Dissertation Erlangen 1916.
Dalcke-Fuhrmann: Strafrecht und Strafprozeß. 22. Aufl. 1929.
Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. 1929.
— Beziehungen und Begrenzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht. Verwaltungsarchiv, Bd. 30 (1923) S. 233/243.
Droop: Der Rechtsweg in Preußen. 1899.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 4. Aufl. 1929.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. I, 1 Allgemeiner Teil von Enneccerus. 30. Aufl. 1928. II, 1 Sachenrecht von Wolff. 8. Bearbeitung. 1929.
Feisenberger: Die ordentliche Gerichtsbarkeit in Strafsachen und die zu ihrer Ausübung berufenen Organe. 1914.
Fischer, Louis: Die bürgerliche Rechtsstreitigkeit nach der Zivilprozeßordnung des Deutschen Reiches. 1906.
Fischer, Otto: Ueber Wachs Handbuch des Zivilprozesses. Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß. Bd. 10 (1887) S. 406/436.
Fleiner: Einzelrecht und öffentliches Interesse. Festgabe für Laband II, S. 1/39. 1908.
— Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. 8. Auflage. 1928.
— Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Akad. Antrittsrede. Tübingen 1906.
Foerstemann: Prinzipien des preußischen Polizeirechtes. 1869.
Foerster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, I. 3. Aufl. 1913.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 17. Aufl. 1926.

— Studien zum Polizeistrafrechte. Gießener Universitätsprogramm. 1897.
Friedel: Die polizeiliche Strafverfügung. 1905.
Friedenthal: Beiträge zu einem Preßverwaltungsstrafrecht. Heft 118 der strafrechtlichen Abhandlungen von Bennecke-Lilienthal. 1910.
Friedrichs: Das Polizeigesetz. Gesetz vom 18. März 1850 über die Polizeiverwaltung mit Nebengesetzen. 1911.
— Das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 nebst den gesamten Nebengesetzen. 1910.
— Polizeirecht. Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechtes, II. 1. S. 1 ff. 1916.
— Streitverfahren. Rechtsvergleichende Darstellung des Parteienstreites vor den ordentlichen und besonderen Gerichten, den Verwaltungsgerichten des Reiches und ausgewählten Verwaltungsgerichten der Länder. 1929.
Gerland, Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.
— Der deutsche Strafprozeß. 1927.
Gerland, Otto: Ueber den Begriff der Polizei und insbesondere der Sicherheitspolizei nach preußischem Rechte. Archiv des öffentlichen Rechtes. Bd. 5 (1890) S. 1/72.
Gneist: Verwaltung, Justiz, Rechtsweg. 1869.
— Der Rechtsstaat. 1872.
Goldschmidt: Das Verwaltungsstrafrecht. 1902.
— Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre. Festgabe für Koch, S. 415/443. 1903.
— Zivilprozeßrecht (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kohlrausch-Kaskel. XVII) 1929.
Gurlt: Das polizeiliche Ermessen und seine Grenzen in Preußen. Dissertation Münster. 1917.
Halbey: Ueber Begriff und Wesen des öffentlichen Rechtes. Verwaltungsarchiv, Bd. 4 (1896) S. 129/165.
Hartmann: Zum § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 109 (1912). S. 144/186.
— Nochmals der § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 113. (1915) S. 145/166.
— Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 G.V.G. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 121 (1923), S. 297—309.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechtes. 5.—6. Aufl. herausgegeben von Kurtzig 1927.

Hauser: Die deutsche Gerichtsverfassung. Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht, Bd. 4 (1879) S. 1/61 und 241/308.

Helfritz: Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das öffentliche Recht und Grundlage politischen Denkens. 2. Aufl. 1928.

Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. I. 1903.

— System des deutschen Zivilprozeßrechtes. I. 1912.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechtes. 1921.

Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. 1919.

— Ueber die Grenzabscheidung zwischen Strafrechtsprechung und Verwaltung. 1914.

— Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 118 (1920), S. 281/349.

— Ueber Verwaltungsstrafrecht. Verwaltungsarchiv, Bd. 15 (1907), S. 404/433.

— Verhältnis der Exekutiv- (Ungehorsams-, Zwangs-) Strafen zu den Kriminal- (allgemeinen) Strafen nach dem geltenden Rechte. Verwaltungsarchiv Bd. 14 (1906), S. 447/497.

Hofheinz: Verletzung und Gefährdung als Kriterien der Zweiteilung im Systeme der strafbaren Handlungen. Heft 79 der strafrechtlichen Abhandlungen von Beneckе-Lilienthal. 1907.

Hölldorfer: Die geschichtliche Entwicklung des Begriffes der Polizei nach deutschem Staatsrechte. Dissertation Tübingen 1899.

Holliger: Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht. Dissertation Zürich 1904.

Hüppner: Der Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" in § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 69 (1886) S. 434/445.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. 3. Auflage ergänzt von W. Jellinek. 14. Neudruck 1922.

— Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. 3. Aufl. 1919.

— System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.
Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913.
— Verwaltungsrecht. 2. Aufl. 1929.
Jung: Ueber die Abgrenzung des Privatrechtes vom öffentlichen Rechte und über die Gliederung des gesamten Rechtsstoffes. Zeitschrift für Rechtsphilosophie. Bd. 2 (1919), S. 293/335.
Kannenberg: Polizeiverordnung, polizeiliche Strafverfügung, Polizeiverfügung. Dissertation Greifswald 1914.
Kelsen: Allgemeine Staatslehre (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kohlrausch-Kaskel. XXIII). 1925.
— Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäfte. Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 31 (1913) S. 53/98 u. 190/249.
Kitzinger: Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt. 1913.
Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 3. Aufl. 1925.
Koehne: Grundzüge des Verwaltungspolizeirechtes. 1906.
Koellreutter: Oeffentliches Recht. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo-Elster. Bd. 4 S. 265 bis 269. 1927.
Kormann: Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Jahrbuch des öffentlichen Rechtes. Bd. 7 (1913), S. 1/19.
— System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
Krabbe: Die moderne Staatsidee. 2. Aufl. 1919.
Krakenberger: Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe. Heft 156 der strafrechtlichen Abhandlungen von Bennecke-Lilienthal. 1926.
Laband: Deutsches Reichsstaatsrecht. 7. Aufl. bearbeitet von O. Mayer. 1914.
Langer: Verwaltungsstrafrecht und Strafverfahren. 1926.
Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht. 1921.
Layer: Prinzipien des Enteignungsrechtes. 1902.
Lent: Freiwillige Gerichtsbarkeit. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kohlrausch-Kaskel. XIX.) 1925.

Leonhard: Verwaltung und Rechtsprechung. Verwaltungsarchiv. Bd. 25. (1917). S. 143/171.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 25. Aufl. 1927.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz, 18. Aufl. 1929.
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. I. 3. Aufl. 1924.
— Justiz und Verwaltung. Rektoratsantrittsrede. Straßburg 1902.
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes. 7. Aufl. 1914/1919.
Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechtes. 4. Aufl. 1913.
Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht. 1927.
Metzner: Ueber die Möglichkeit einer Scheidung von Kriminalunrecht und Polizeiübertretung. Dissertation Greifswald 1917.
Monich: Die Berufung auf den Rechtsweg bei Ansprüchen des bürgerlichen Rechtes. Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß. Bd. 23 (1897). S. 407/27.
Murmann: Polizeiverordnung, Polizeiverfügung, polizeiliche Strafverfügung. Dissertation Greifswald 1913.
Neukamp: Die polizeilichen Verfügungen zur Verhütung strafbarer Handlungen (oder Unterlassungen) und deren Durchführung nach preußischem Rechte. Verwaltungsarchiv Bd. 3. (1895). S. 1/93.
Nordbeck: Die Reformbestrebungen auf dem Gebiete der Uebertretungen. Dissertation Göttingen 1910.
Normann, von: Die Polizeigewalt. Dissertation Göttingen 1916.
Oppenhoff: Die preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden. 2. Aufl. 1904.
Peters: Die Polizeiwidrigkeit und ihre Beziehungen zur Rechtswidrigkeit. Verwaltungsarchiv. Bd. 29. (1922). S. 369/403.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. I. 1887.
Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919. 3. Aufl. 1928.
Pollack: Finanzstrafrecht. Heft 150 der strafrechtlichen Abhandlungen von Bennecke-Lilienthal. 1910.

Prazák: Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 4 (1889). S. 241/313.
Radbruch: Einführung in die Rechtswissenschaft. 7. bis 8. Aufl. 1929.
Rasche: Der Polizeibegriff im heutigen preußischen Rechte unter besonderer Berücksichtigung der Spezialgesetze. Dissertation Münster 1917.
Redwitz: Die polizeilichen Maßregeln des Reichsstrafgesetzbuches und ihr Verhältnis zu dessen allgemeinen Grundsätzen. Dissertation Würzburg 1909.
Reich: Die angebliche reichsrechtliche Schranke für den ordentlichen bürgerlichen Rechtsschutz in § 13 G.V.G. Dissertation Breslau 1913.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. 1929.
Rosin: Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 2. Aufl. 1895.
— Der Begriff der Polizei und der Umfang des polizeilichen Verfügungs- und Verordnungsrechtes in Preußen. Verwaltungsarchiv. Bd. 3 (1895). S. 249/365.
Rotering: Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht. 1888.
Sarwey, von: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. 1880.
Savigny, von: System des heutigen römischen Rechtes. I 1840.
Schade: Zur Lehre vom Polizeibegriff und dem Verhältnis von Eigentum und Polizei, insbesondere nach sächsischem Rechte. Dissertation Tübingen 1909.
Schelcher: Justiz und Verwaltung. Ergänzungsheft zum 50. Bd. von Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung. 1919.
— Zum Begriffe der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nach § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Verwaltungsarchiv. Bd. 28 (1921) S. 337—347.
Schepp: Das öffentliche Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Schlegelberger: Die Gesetze über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Reich und Preußen. 2 Bde. 3. Aufl. 1927.

Schmidt, Richard: Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1923.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. 2. Aufl. 1906. Mit Anhang zu den Novellen von 1909 und 1910. (1910).
Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht: Allgemeine Lehren und Organisationen. (Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff-Kohler. 4. Bd. S. 193/316.) 7. Aufl. 1914.
— Zur Frage der Grenzen der Ueberprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren. Verw.Arch. Bd. 27 (1919). S. 85/150.
Scholz: Die polizeirechtliche Gefahr. Begriff, Erkennbarkeit und richterliche Nachprüfung insbesondere bei Polizeiverfügungen. Verw.Arch. Bd. 27 (1919) S. 1/84.
Scholz-Forni: Ueber die Verantwortlichkeit des Urhebers eines polizeiwidrigen Zustandes und über den Ausschluß der Verantwortlichkeit im Falle der Ausübung eines Rechtes. Verw.Arch. Bd. 30 (1923) S. 11/73 und 244/298.
Schultzenstein: Polizeiwidriges Handeln und Vertretung. Verw.Arch. Bd. 14. (1906). S. 1/62.
— Ueber Verwaltungsstrafgerichtsbarkeit. Verwaltungsarchiv. Bd. 11. (1903). S. 149/161.
Seydlitz: Die angebliche Beschränkung des ordentlichen Rechtsweges durch das deutsche G.V.G. Dissertation Breslau 1911.
Spiegel: Die Verwaltungsrechtswissenschaft. Beiträge zur Systematik und Methodik der Rechtswissenschaften. 1909.
Stein: Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. 1912.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich I. 14. Aufl. 1928.
Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeß- und Konkursrechtes. 3. Aufl. 1928.
Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I. 1924.
— Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht. 1900.
— Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung. Festgabe für Laband II. S. 443/514. 1908.
— Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigen-

tums in polizeigemäßem Zustande. Verwaltungsarchiv. Bd. 6 (1898) S. 275/357.
— Justiz und Verwaltung. Handbuch der Politik I. S. 296 bis 301. 1920.
— Kommentar zum Gesetze über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883. 1902.
— Rechtsstaat, Verwaltung und Eigentum. Verwaltungsarchiv. Bd. 18 (1910) S. 140/154, Bd. 19 (1911). S. 43/127.
Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. 1901.
— Rechtsprechung des Gerichshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte. 1897. 1899. 1906. 1920. 1927.
Strauß: Die polizeiliche Strafverfügung. Dissertation Heidelberg 1905.
Sydow: Die Zulässigkeit des Rechtsweges und die Kompetenzkonflikte in Preußen. 1860.
Sydow-Busch: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nebst Anhang, enthaltend die Entlastungsgesetze. 19. Aufl. 1926.
Thoma: Grundrechte und Polizeigewalt. Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des preußischen O.V.G. S. 183/223. 1925.
— Der Polizeibefehl im badischen Recht I. 1906.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Triepel: Der Konviktorien-Beitrag der Norder-Dithmarschen. Zur Lehre von den Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Festschrift für Brunner. S. 523/544. 1914.
Trops: Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes. Heft 208 der strafrechtlichen Abhandlungen von Bennecke-Lilienthal. 1926.
Uebel: Ein Beitrag zur Feststellung des Begriffes und Umfanges von „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" nach der deutschen Zivilprozeßordnung. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 1 (1879) S. 369/383.
Umhauer: Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeideliktes. Dissertation Freiburg i/B. 1904.
Vierhaus: Gerichtsbarkeit und Verwaltungshoheit. Verwaltungsarchiv. Bd. 11 (1903) S. 222/251.
— Die Praxis des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes. Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 5 (1882) S. 57/123.

Vossen: Der Schutz der Gewerbefreiheit und der Verfassungsrechte durch das preußische O.V.G. 2. Aufl. 1910.
Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. I. 1885.
Walz: Vom Wesen des öffentlichen Rechtes. Akademische Antrittsvorlesung. 1928.
Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes. I. 1903.
Weyr: Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems. Archiv des öffentlichen Rechts. Bd. 23 (1908). S. 529 bis 580.
— Ueber zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre. Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Bd. 40 (1914). S. 175/188.
Wolff: Reichsverfassung und Eigentum. Festgabe der Berliner juristischen Fakultät zum 50. Doktorjubiläum von Kahl. 1923.
Wolzendorff: Die Grenzen der Polizeigewalt. 1905/06.
1. Teil: Ueber den Umfang der Polizeigewalt im Polizeistaate.
2. Teil: Die Entwicklung des Polizeibegriffs im 19. Jahrhundert.
— Der Polizeigedanke des modernen Staates. 1918.
Zeller: Ueber die Beziehungen zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht. Festgabe für Zürcher zum 70. Geburtstage. 1920.

II. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv des öffentlichen Rechtes. (Arch. öff. Recht.) begründet von Laband und Stoerk, herausgegeben von Holstein, Koellreutter und Triepel.
Archiv für die zivilistische Praxis. (Arch. ziv. Prax.) herausgegeben von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät.
Deutsche Juristen-Zeitung. (D.J.Z.) herausgegeben von Liebmann.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes. (O.V.G.) im amtlichen Auftrage herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (R.G.St.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (R.G.Z.)
Jahrbuch des öffentlichen Rechtes der Gegenwart. Begründet von Huber, G. Jellinek, Laband, Piloty; jetzt in Ver-

bindung mit Bruns und Triepel herausgegeben von Koellreutter.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen. (K.G.J.) früher von Johow, jetzt von Ring herausgegeben.

Juristische Wochenschrift. (J.W.) Herausgegeben vom deutschen Anwaltverein.

Das Recht. Juristisches Zentralblatt für Praktiker. (Recht) begründet von H. Th. Soergel, herausgegeben von Soergel, David, Clasen, Beutner, Goldschmit.

Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtbarkeit. (Verw.Arch.) begründet von Schultzenstein und Keil, jetzt herausgegeben von Keil und E. Kaufmann.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. (Grünhuts Zeitschrift) herausgegeben von Grünhut.

Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. (Z.Z.P.) begründet von Busch, jetzt herausgegeben von Jaeger, Kann und von Staff.

Zeitschrift für Rechtsphilosophie in Lehre und Praxis. Herausgegeben von Holdack, Joerges, Stammler.

Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit besonderer Berücksichtigung auf Bayern. Begründet von Hauser.

Preußisches Verwaltungsblatt. (Preuß. Verw.Bl.) begründet von Binseel, jetzt herausgegeben von Jesse.

Anmerkung.

In den Angaben über das Schrifttum sind die bekannten Erläuterungs-, Lehr- und Handbücher nur mit dem Namen des oder der Verfasser genannt. Die sonstigen Werke sind mit dem Namen des Verfassers und einem kennzeichnenden Stichwort des Titels bezeichnet.

Die Angaben aus Zeitschriften und Entscheidungssammlungen sind mit den im Schriftenverzeichnis in Klammern beigefügten Abkürzungen erfolgt.

I.

Geschichtliche Einleitung.

Aus der Erkenntnis heraus, daß es fast unmöglich ist, in entwickelten und größeren Gemeinwesen die Staatsgewalt in einer Hand zu vereinigen und von einem einzigen Menschen oder einer einzigen Stelle ausüben zu lassen, ist schon früh in staatsrechtlichen Betrachtungen die Frage über die Verteilung der einzelnen Tätigkeiten der Staatsgewalt unter eine Mehrheit von Stellen behandelt worden.

Aristoteles (384—322), der große Staatsphilosoph des griechischen Altertums, erwähnt, lediglich beschreibend, in seiner „Politik", daß es in jedem Staate drei Betätigungen gen der Staatsgewalt gäbe: τὸ βουλευόμενον περὶ τῶν κοινῶν die Volksversammlung, die über alle gemeinsamen Dinge des Staates wie Krieg, Frieden, Bündnisse, Gesetze u. a. m. beschließe; τὸ περὶ τὰς ἀρχάς Aemter oder Behörden; τὸ δικάζον Gerichte. Diese Einteilung grenzt aber nur die einzelnen „Tätigkeitsbereiche"[1] der Staatsgewalt ab, damit so die Arbeitsfülle zur Leitung des Staates besser bewältigt werden kann. Eine organisatorische Teilung oder Trennung der Gewalten will Aristoteles noch nicht verfechten. So umfaßt der Tätigkeitsbereich der Volksversammlung neben der Gesetzgebung auch große Gebiete der Verwaltung, die infolge ihrer Wichtigkeit in dem Leben eines Staatswesens besondere Fürsorge und Aufmerksamkeit erfordern.

Unter späteren Abhandlungen über diese Probleme des Staatsrechtes und der Staatsgewalt ragt das 1689 erschienene Hauptwerk des Engländers John Locke (1632—1704) Two treatises of government besonders hervor. Er unterscheidet zwischen Gesetzgebung (Normsetzung) und Vollziehung (Normvollziehung) und versteht unter Vollziehung ohne strenge Abgrenzung sowohl die richterliche als auch die Verwaltungstätigkeit. Nach Locke ist die gesetzgebende Ge-

1) Helfritz, Allgemeine Staatslehre, S. 158.

walt dem Parlamente, die ausführende aber dem Herrscher unterstellt. Neben der ausführenden Gewalt unterscheidet er noch die Föderativgewalt (federativ power), die sich in der Hauptsache mit Fragen des Völkerrechtes und der Außenpolitik beschäftigt. Auch sie wird wie die ausführende Gewalt von dem Herrscher ausgeübt.

Die Lehre von der Teilung der Gewalten führt nun Montesquieu (1689—1755) in seinem berühmten Werke „Vom Geist der Gesetze" (de l'esprit des lois 1748) zu nie wieder erreichter Höhe. Im 11. Buche, dessen Ueberschrift lautet: Von den Gesetzen, welche die politische Freiheit in ihrer Beziehung zur Verfassung ausmachen, betont er ausgehend von der vielseitigen Bedeutung des Wortes „Freiheit", daß der Mensch dazu neige, eine ihm zustehende Macht zu mißbrauchen. Um dies zu verhindern, müssen die Dinge im Staate so angeordnet werden, daß die eine Gewalt die andere in Schranken halte. (Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. — chap. IV). Daher gibt es in jedem Staate drei Gewalten: Die gesetzgebende (puissance législative), die ausübende oder vollziehende (puissance exécutive) und die richterliche (puissance de juger). Diese dürfen nicht in einer Hand vereinigt, sondern müssen unter verschiedene Organe verteilt sein. Erst dann ist Gewähr dafür vorhanden, daß Freiheit und Sicherheit im Staate herrsche.

Unter ausübender Gewalt versteht er allerdings genau genommen die puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, also in Angelegenheiten des Völkerrechtes und der auswärtigen Politik. Aber seine gesamten Ausführungen ergeben doch, daß er unter dieser Gewalt einen großen Teil der gesamten Verwaltungstätigkeit mit erfaßt, sodaß ihr später einfach die Bedeutung von „Verwaltung" gegeben werden konnte.

Diese drei Gewalten will Montesquieu wie folgt verteilt wissen: Die gesetzgebende auf ein Parlament, das aus zwei Kammern — einer Körperschaft des Adels mit erblichen Sitzen und einer Volksvertretung — besteht, die ausübende oder vollziehende auf den Herrscher und die richterliche „auf Volksgerichte mit ständig wechselnden, nach

bestimmten gesetzlichen Regeln zu berufenden Laienrichtern".[2]

Der Fortschritt in der Lehre Montesquieu's gegenüber Aristoteles liegt darin, daß er den Gedanken einer organisatorischen Trennung der Staatsgewalt verficht, während Aristoteles deren einzelne Betätigungen nur rein äußerlich abgegrenzt wissen wollte.

Montesquieu's Lehre ist von großem Einfluß[3] auf die Staaten seiner Zeit gewesen und hat diesen im wesentlichen bis auf den heutigen Tag bewahrt. In Nord-Amerika's Verfassung von Massachusetts vom 2. März 1780 ist deutlich ausgesprochen, daß niemals eine der drei Gewalten eine von den beiden andern ausüben solle. In Europa wiederum wurde sie durch die Rousseau'schen Gedanken von der Volkssouveränität und der vertragsmäßigen Entstehung der Staaten beeinträchtigt. Diese Gedankengänge Rousseau's führten bald zu der gegensätzlichen Lehre von der Gewaltenvereinigung, „deren Annahme durch die französische Revolution er in der Weise ermöglicht, daß eine der Gewalten, die gesetzgebende, die höchste sei, der die richterliche und ausführende Gewalt unterworfen bleibe".[4] In reinster Form spricht den Montesquieu'schen Gedanken die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26. August 1789 in Artikel 16 aus: Ein Staat, in dem die Gewährleistung der Rechte des Menschen und des Bürgers nicht gesichert wird, und die Trennung der Gewalten nicht verordnet ist, hat keine Verfassung. Die Verfassung vom 3. September 1791 nähert sich wieder mehr dem Rousseau'schen Gedanken von der Souveränität der Nation, ohne aber die Gewaltenteilung ganz auszuschalten. Die meisten späteren Revolutionsverfassungen in Frankreich nähern sich wieder gänzlich Rousseau.

In Belgien vertritt die Verfassung vom 25. Februar 1831 die Idee der Gewaltenteilung neben der der Volkssouveränität.

Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 bestimmt in Art. 62: Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt; Art. 45: dem Könige allein steht die voll-

2) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 7.
3) Meyer-Anschütz, Staatsrecht, S. 146—149 § 54.
4) Stier-Somlo, Reichs- und Landes-Staatsrecht I, S. 72.

ziehende Gewalt zu; Art. 86: die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs ... ausgeübt.

Die deutsche Reichsverfassung vom 16. April 1871 überträgt die Reichsgesetzgebung dem Bundesrate und dem Reichstage (Art. 5), bestimmt aber im Uebrigen nichts Näheres über die Teilung der Gewalten. Tatsächlich ist diese aber doch in einzelnen Reichsgesetzen durchgeführt.[5]

Die heute geltende Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (R.V.) spricht den Gedanken der Gewaltenteilung nicht offen aus, deutet aber in den Ueberschriften einzelner Abschnitte an, daß auch sie davon beherrscht wird: Art. 68—77. Die Reichsgesetzgebung; Art. 78—101. Die Reichsverwaltung; Art. 102—108. Die Rechtspflege. Aber auch aus einzelnen Vorschriften innerhalb und außerhalb der R.V. läßt sich entnehmen, daß die Teilung der Gewalten wenigstens in den Grundzügen durchgeführt ist. So bedeutet der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, der sich inhaltlich schon in § 1 G.V.G. findet und durch Art. 102 R.V. verfassungsrechtlich verankert wird, Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt gegenüber jeder anderen Gewalt mit Ausnahme der gesetzgebenden, insbesondere also Unabhängigkeit der Justiz gegenüber der Verwaltung. Nach § 17 I G.V.G. entscheiden die Gerichte über die Zulässigkeit des Rechtsweges. Daß diese Abgrenzung der Justiz von der Verwaltung nicht folgerichtig durchgeführt ist, beweist § 4 E.G.G.V.G., wonach die Landesgesetzgebung Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung, übertragen kann. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden. Danach kann von der Verwaltungstätigkeit die Verwaltungsgerichtbarkeit auch an die ordentlichen Gerichte übertragen werden.[6] Diese nähern sich wieder andererseits dem Gesetzgeber, wenn sie sich z. B. im Rahmen von Art. 13 II R.V. rechtsschöpferisch betätigen.

Mit Verwaltungstätigkeit sind grundsätzlich die Verwaltungsbehörden betraut, doch greift auch ihre Tätigkeit häufig und mehrfach in die Gebiete der anderen Gewalten über. So üben Verwaltungsbehörden gesetzgebende Gewalt aus, wenn sie Rechts-, insbesondere Polizeiverordnun-

5) Vergl. z. B. G.V.G. §§ 1, 12.
6) Vgl. R.G.Z. Bd. 68, S. 28.

gen oder ortsstatutarische Vorschriften erlassen. Sie üben richterliche Tätigkeit aus, wenn sie polizeiliche Strafverfügungen (St.P.O. § 413) erlassen oder ihnen im Rahmen von § 13 G.V.G. landesgesetzlich übertragene Privatrechtsstreitigkeiten — z. B. Ansprüche auf Wildschadensersatz nach §§ 56 ff. der Preuß. Jagdordnung — entscheiden.

Schließlich ist auch die Gesetzgebung[7] nicht auf ihre eigentliche rechtsetzende Tätigkeit beschränkt. Durch die Feststellung des Haushaltsplanes (Art. 85 R.V.) und die Aufnahme von Reichsanleihen (Art. 87 R.V.) nimmt sie an der Verwaltung teil. Durch Reichsamnestien, die nach Art. 49 II R.V. nur in Form eines Reichsgesetzes ergehen können, werden nur Gesetze in formellem Sinne geschaffen. Materiell aber bleiben diese Tätigkeit der Justiz oder Rechtspflege.[8]

Aus diesen verschiedenen Beispielen kann man ersehen, daß die Teilung der Gewalten in unserem heutigen Staatsleben nicht bis zur äußersten Folgerichtigkeit durchgeführt ist. „Weder sind die Gerichte auf Rechtsprechung, noch die Verwaltungsbehörden auf Verwaltung, noch endlich die Organe der Gesetzgebung auf Rechtsetzung beschränkt. Jeder der drei Gewalten ist ein kleines Stück aus der Kompetenzsphäre der anderen Gewalt zugeschieden worden. Aber eine bestimmte Tätigkeit ist für eine jede von ihnen eigentliches Lebenselement: Für die Gerichte das Rechtsprechen, für die Verwaltungsbehörden das Verwalten, für die Gesetzgebungsorgane das Rechtsetzen. Auf diese seine Hauptfunktion ist das Organ zugeschnitten; sie ist maßgebend für seine staatsrechtliche Stellung, und von ihr empfängt es seinen Namen."[9]

Mit den Begriffen Verwaltung und Justiz decken sich teilweise oder ganz die Begriffe Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit. Die Grenzen zwischen Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit sind daher auch nur ein Ausfluß des in unserem Staatsleben immer noch herrschenden Grundsatzes von der Teilung der Gewalten.

---

7) Vergl. Hatschek, Lehrbuch, S. 49—50. Stier-Somlo, a.a.O. S. 325—327. Anschütz, R.V. Art. 85 Anm. 4. Meyer-Anschütz, a.a.O. S. 646, Anm. x, 889, 919.
8) Anschütz R.V. Art. 49, Anm. 2.
9) Fleiner, Institutionen, S. 12.

II.

Die Begriffe Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit.

1. Polizei und Polizeigewalt.

Die heutige Bedeutung des Wortes und Begriffes „Polizei" ist das Ergebnis jahrhundertelanger Entwicklung. Was die Griechen unter πολιτεία, die Römer unter politia, die Franzosen des Mittelalters unter police und policité, die Deutschen zu Beginn der Neuzeit unter Poletzey oder Policey verstanden, welche Bedeutung schließlich das Zeitalter des Polizeistaates dem Begriffe Polizei beilegte, kann hier nicht erörtert werden.[1]

Ausgangspunkt für die Erfassung des heutigen Polizeibegriffs soll vielmehr die Zeit um Mitte und Ende des 18. Jahrhunderts sein. Um diese Zeit beginnt der Uebergang vom Polizeistaate zum Rechtsstaate.[2] Wenn in dem Polizeistaate der Wille des Herrschers als des Trägers der gesamten Staatsgewalt unbeschränkt und in jeder Beziehung maßgebend war, und somit der Untertan zum Staate sich im Verhältnis der unbedingten Unterworfenheit befand, so finden wir im Rechtsstaate eine erhebliche Einschränkung dieser umfangreichen Herrschaftsbefugnisse; insbesondere die Verwaltung hat nicht mehr die Möglichkeit, nach freiem Ermessen zu schalten und zu walten. Auch ihre Tätigkeit ist jetzt unter die „Herrschaft des Gesetzes" gestellt.[3] Auch die Verwaltung muß eine gesetzmäßige sein, d. h. jeder Verwaltungsakt muß eine gesetzliche Grundlage haben. Durch die Verwirklichung der Gneistschen Forderung nach einer eigenen Verwaltungsgerichtsbarkeit steht die Tätigkeit der Verwaltung weiterhin unter einer strengen Verwaltungsgerichtskontrolle.

Für die Polizei bedeutet dies, daß sie nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung tätig werden darf, und ihre Tätigkeit von Verwaltungsgerichten überprüft werden kann.

---

1) Vergl. Hölldorfer, Die geschichtliche Entwicklung S. 3 ff. Herrnritt, Grundlehren, S. 327 ff. Fleiner, a.a.O. S. 285 ff. O. Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 204 ff. Anschütz, Die Polizei, S. 3 ff. Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt I.

2) Vgl. O. Mayer, a.a.O. S. 38 ff. 54 ff. W. Jellinek, a.a.O. S. 79 ff. 84 ff.

3) O. Mayer, a.a.O. § 6, S. 64.

In Süd-Deutschland hat diese Entwicklung zu einer Reihe von Polizeistrafgesetzbüchern geführt,[4] die in vielen Einzelvorschriften genaue Anweisungen an die Polizeibehörden enthalten. Preußen dagegen hat sich mit allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen wie § 10 II 17 A.L.R. und den Vorschriften des Polizeiverwaltungsgesetzes begnügt.

§ 10 II 17 A.L.R. lautet:

„Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei."

Wenn diese Vorschrift auch nicht im Rechtsstaate ergangen ist, so hat sie doch erst in ihm die volle ihr heute zustehende Bedeutung erlangt. Es ist unstreitig, daß § 10 II 17 „für das ganze Gebiet des Preuß. Staates maßgebend"[5] ist, und nicht nur für die Gebiete der ehemaligen Preußischen Staaten des Allgemeinen Landrechts. Daß er auch heute noch als Begriffsbestimmung wesentlich ist, bestreitet mit beachtlichen Ausführungen Rosin.[6] Er will § 10 II 17 nur als Richtschnur für die Tätigkeit der Ortspolizeibehörden beim Erlasse von Polizeiverfügungen gelten lassen, während für landespolizeiliche Verfügungen und Polizeiverordnungen die Verordnung vom 26. Dezember 1808 maßgebend sei, die „ungetrennt beide Richtungen jener staatlichen Tätigkeit, die Wohlfahrtspolizei ebenso wie die Sicherheitspolizei, umfaßt".[7] Davon sei auch „Das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 für den Umfang des polizeilichen Strafverordnungsrechtes"[8] beherrscht worden. Rosin's Lehre sind weder die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichtes noch die herrschende Meinung im Schrifttum gefolgt. Das O.V.G. hat schon in der bekannten Kreuzbergentscheidung vom 14. Juni 1882[9] die Anwendbarkeit des § 10 II 17 auch auf Polizeiverordnungen bejaht und dort zugleich ausgesprochen, daß die Wohlfahrtspflege nicht unter die polizeiliche Tätigkeit nach § 10 II 17 falle. An diesem Standpunkt hat Preußens

4) Bad. Pol.St.G.B. v. 31. 10. 1863; Bayr. Pol.St.G.B. v. 26. 12. 1871; Württ. Pol.St.G.B. v. 27. 12. 1871.
5) O.V.G. Bd. 30, S. 216. Vgl. auch Bd. 15, S. 434, Bd. 23, S. 351. Friedrichs, Polizeigesetz, S. 2.
6) Polizeiverordnungsrecht, S. 124, 156, 157, 329 u. Begriff der Polizei, Verw.-Arch. Bd. 3, S. 249 ff. insbes. S. 293 ff.
7) Polizeiverordnungsrecht, S. 156.
8) Polizeiverordnungsrecht, S. 156.
9) O.V.G. Bd. 9 S. 353 ff.

oberster Verwaltungsgerichtshof bis in die Jetztzeit festgehalten.[10] Der Grundgedanke ist der: Trennung der vorbeugenden, Abwehr von Störungen dienenden Sicherheitspolizei von der für das individuelle Wohl wirkenden Wohlfahrtspolizei.

In § 10 II 17 A.L.R. ist somit der Begriff der Sicherheitspolizei i. w. S. bestimmt und „neben Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung als Amt der Polizei bezeichnet, vom Publikum oder dessen einzelnen Mitgliedern Gefahren abzuwenden".[11] Diesen Begriff der Polizei hat sich auch noch Friedrichs zu eigen gemacht, indem er Polizei als „eine auf Sicherung gerichtete Staatstätigkeit"[12] bestimmt. Wenn auch diese Begriffsbestimmung weiter und allgemeiner gefaßt erscheint, so ergeben die gesamten Ausführungen von Friedrichs doch, daß er im wesentlichen dem herrschenden Polizeibegriff der Praxis beitritt.

Die Theoretiker des Verwaltungsrechtes stehen überwiegend auf dem gleichen Standpunkt.[13] Nach Fleiner[14] ist Polizei „die obrigkeitliche Tätigkeit auf dem Gebiete der inneren Verwaltung, die der natürlichen Freiheit der Person und dem Eigentum der Untertanen die zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Rechtes, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung nötigen Beschränkungen zwangsweise auferlegt." W. Jellinek[15] bezeichnet als Polizei „die Staatstätigkeit zur Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung im Staatsinnern." Anschütz[16] bemerkt hierzu: „Polizei ist ein Teil der inneren Verwaltung. Und wiederum innerhalb des Wirkungskreises der inneren Verwaltung ist die Aufgabe der Polizei beschränkt auf die Abwehr von Gefahren und Störungen, welche drohen dem öffentlichen Rechte, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung." Danach ist Polizei eine Staatstätigkeit, bei der der Zwang kein wesentliches Merkmal des Polizeibegriffes ist. „Die Begriffe Zwang und Polizei decken

10) O.V.G. Bd. 9 S. 370—371; Bd. 15 S. 434; Bd. 20 S. 232; Bd. 39 S. 280; Bd. 44 S. 388; Bd. 67 S. 402; Bd. 71 S. 341; Bd. 75 S. 381; Bd. 77 S. 327.
11) Scholz, Verw.Arch. Bd. 27 S. 3.
12) Polizeigesetz, S. 6 und Polizeirecht im Handbuch von Stier-Somlo S. 12.
13) Vgl. außer den folgenden noch Biermann, Privatrecht und Polizei, S. 3 ff. Bornhak, Verw.Arch. Bd. 5 S. 141. W. Jellinek, Gesetz S. 272. Wolzendorff, Grenzen I S. 80/81.
14) a.a.O. S. 390.
15) a.a.O. S. 409.
16) Die Polizei S. 12.

sich nicht, schneiden sich vielmehr." Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Polizei zu dieser Tätigkeit nicht immer des Zwanges bedarf. Wo sie aber, um ihre Aufgaben zu erfüllen, Zwang anwenden muß, äußert sie sich als Polizeigewalt. Wie O. Mayer hervorhebt, ist Polizeigewalt gegenüber der Polizei der engere Begriff. Erstere ist also „die öffentliche Gewalt, die auf dem Gebiete der Verwaltung wirksam wird zur Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens aus dem Einzeldasein", Polizei „die Verwaltungstätigkeit, die mit jener Gewalt arbeitet."[17]

Polizei ist demnach ein durch Zweck und Inhalt bestimmter materieller, Polizeigewalt ein durch seine Anwendungsform bestimmter formeller Begriff; ihr Verhältnis zueinander ähnelt dem der Gesetzgebung in materiellem und formellen Sinne. In dieser Hinsicht arbeitet die Mayer'sche Begriffsbestimmung das Unterschiedliche nicht genügend heraus. Treffender bestimmt Hatschek[18] Polizeigewalt als „die Anwendung jener obrigkeitlichen Gewalt, welche dazu dient, Störungen der guten Ordnung und Sicherheit von der staatlichen Gesellschaft abzuwehren."

2. Rechtspflege, Justiz und Gerichtsbarkeit.

In der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (R.V.) ist in dem ersten Hauptteil der siebente Abschnitt, der die Artikel 102—108 umfaßt, mit „Rechtspflege" überschrieben. Art. 103 bestimmt nun:

„Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird durch das Reichsgericht und die Gerichte der Länder ausgeübt."

Inhaltlich wiederholt er damit nur den Grundsatz des § 12 G.V.G. und gibt „eine Verfassungsbürgschaft für das Weiterbestehen der geltenden Verteilung der Justizhoheit zwischen Reich und Ländern".[1] Wenn in den Vorschriften dieses Abschnittes der R.V. auch noch von Ausnahmegerichten, Militärgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichten die Rede ist, so kann man daraus entnehmen, einmal, daß unter dem Begriff Rechtspflege nicht nur die ordentliche Gerichtsbarkeit zu verstehen ist, zum andern, daß die ordentliche Gerichtsbarkeit auch zu andern Gerichtsbarkeiten in Gegensatz tritt. Für diese verschiedenen Gerichtsbarkeiten ist nun der Be-

17) O. Mayer a.a.O. S. 209 und Anm. 14.
18) a.a.O. S. 119.
1) Anschütz, R.V. Art. 103 Anm. 2.

griff Rechtspflege nicht einfach der Ober- oder Sammelbegriff. Diese unterscheidet sich vielmehr durch ihre Zweckbestimmung und steht zur Justiz oder ordentlichen Gerichtsbarkeit im Verhältnis wie Gesetzgebung im materiellen zu der in formellem Sinne. „Rechtspflege ist ein Begriff von Staatstätigkeiten, die durch ihren Inhalt und Zweck gekennzeichnet sind; sie ist also, wie die Gesetzgebung im materiellen Sinne (= Rechtsetzung) eine materielle Kategorie. Rechtspflege ist die auf Erhaltung der Rechtsordnung gerichtete Tätigkeit; ihr Beruf ist es, bedrohtes Recht zu schützen, verletztes wieder herzustellen."[2] Dies kann geschehen in Form der Verwaltungsgerichtsbarkeit; denn auch diese Rechtsprechung der Verwaltung ist Rechtspflege.

Die Rechtspflege betätigt sich aber vorwiegend in Form der Justiz oder ordentlichen Gerichtsbarkeit. Hier ist sie im wesentlichen Privat- oder Strafrechtspflege. „Justiz ist, was die Zivil- und Strafgerichte tun."[3] „Justiz ist die obrigkeitliche Tätigkeit zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung bei den für Zivil- und Strafrechtspflege bestellten Gerichten, den ordentlichen Gerichten, wie wir sie bezeichnen, oder Gerichten schlechthin."[4] Dies bedeutet aber einen formellen Begriff. Denn damit soll nur die Tätigkeit an sich bezeichnet werden und nicht der dieser Tätigkeit innewohnende Zweck und Inhalt. Justiz ist demnach also die Tätigkeit der ordentlichen Gerichte.

Hierunter versteht man aber auch ein Gebiet, das innerlich nichts mit Rechtspflege zu tun hat: die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit. Nach Auffassung von Meyer-Anschütz[5] und Stier-Somlo[6] ist diese nicht Rechtspflege sondern Verwaltungstätigkeit. Dies ist aber dann nur ein Beweis dafür, daß Justiz ein formeller Begriff ist.

Gerichtsbarkeit hat aber auch noch einen weiteren Sinn und ist dann mit Justizhoheit oder Gerichtsherrlichkeit gleichzusetzen. Als solche umfaßt sie:[7]

1) die Gesetzgebung,

2) Anschütz, R.V. Vorbem. vor Art. 102, vgl. auch Meyer-Anschütz, a.a.O. Seite 723.
3) Kormann, Beziehungen S. 3.
4) O. Mayer, a.a.O. S. 5.
5) a.a.O. S. 725.
6) aa..O. S. 707.
7) Stein-Juncker, Grundriß S. 71 ff. Stein-Jonas, Z.P.O. Vorbem. vor § 1 S. 1. Baumbach, Z.P.O. Vorbem. vor § 12 G.V.G.

2) die Justizverwaltung (einen Zweig der allgemeinen Staatsverwaltung),
3) die Gerichtsbarkeit im engeren Sinne oder Gerichtsbarkeit schlechthin.

Bei letzterer ist zu unterscheiden zwischen streitiger und nichtstreitiger Gerichtsbarkeit, wozu auch die sog. gerichtliche Verwaltung gehört (§ 37 Z.P.O.). Auch danach ist also Gerichtsbarkeit i.e.S. nichts anderes als Justiz oder Tätigkeit der ordentlichen Gerichte.

III.

Die Grenzen zwischen Polizeigewalt und Gerichtsbarkeit.

1. Der Kompetenzkonflikt.

Kompetenzkonflikt bedeutet Streit über die Zuständigkeit zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und den Verwaltungsbehörden eines Einzelstaates, einschließlich der Verwaltungsgerichte andererseits. Es scheiden also diejenigen Zuständigkeitsstreitigkeiten aus, die sich auf dem Gebiete der Justiz oder Gerichtsbarkeit zwischen den ordentlichen Gerichten untereinander oder zwischen den ordentlichen Gerichten und den Sondergerichten und auf dem Gebiete der Verwaltung zwischen den Verwaltungsbehörden und den Verwaltungsgerichten unter- und gegeneinander abspielen. Letzlich gehen also diese Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtsweges[1] auf die Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Rechte hinaus.

Ausgangspunkt über die gesetzliche Regelung der Kompetenzkonflikte sind § 17 I G.V.G.: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtsweges" und § 17 II Z. 4 G.V.G.: „Sofern die Zulässigkeit des Rechtsweges durch rechtskräftiges Urteil des Gerichtes feststeht, ohne daß zuvor auf die Entscheidung der besonderen Behörde angetragen war, bleibt die Entscheidung des Gerichtes maßgebend."

Damit ist den Gerichten die sog. Kompetenz-Kompetenz zugesprochen, d. h. ihre Entscheidung ist maßgebend, gilt. Die anderen Behörden, insbesondere auch die

1) § 1 der Verordnung vom 1. Aug. 1879.

Verwaltungsbehörden und -gerichte, haben sie anzuerkennen und „die betreffende Angelegenheit endgültig den ordentlichen Gerichten zu überlassen".[2] Danach scheint es, als ob die Gerichte allmächtig eine Aufsicht über die Tätigkeit der Verwaltung ausüben könnten. Dem ist aber nicht so, denn § 17 II G.V.G. bestimmt:

„Die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten über die Zulässigkeit des Rechtsweges besonderen Behörden übertragen", nach Maßgabe einiger in den Ziffern 1—4 a.a.O. näher wiedergegebener Vorschriften, von denen die eben angeführte Z. 4 die größte Bedeutung hat.

Von dieser reichsgesetzlichen Ermächtigung haben eine Reihe von Ländern Gebrauch gemacht und besondere Gerichtshöfe zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten eingesetzt: u. a. Bayern durch Gesetz vom 18. August 1879; Sachsen durch Gesetz vom 3. März 1879 und 19. Juli 1900; Württemberg durch Gesetz vom 25. August 1879 und vor allen Dingen Preußen durch die Verordnung vom 1. August 1879 betreffend die Kompetenzkonflikte zwischen den Gerichten und Verwaltungsbehörden. Die Regelung in Preußen durch die damals landesherrliche Verordnung beruht auf § 17 II E.G.G.V.G., wonach den Staaten, die bereits bei Inkrafttreten des G.V.G. Behörden zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten besaßen — in Preußen durch Gesetz vom 8. April 1847 —, erlaubt ist, die Anpassung dieser Behörden an die Bestimmungen des § 17 II Z. 1—4 G.V.G. durch landesherrliche Verordnung einzuführen.

Der preußische Kompetenzkonfliktsgerichtshof besteht aus 11 Mitgliedern und entscheidet in der Besetzung von 7 Mitgliedern (§§ 2, 3 Verordnung vom 1. August 1879).

Bei dem Kompetenzkonflikt sind zwei Arten zu unterscheiden:

1. Der p o s i t i v e — meist kurzweg Kompetenzkonflikt genannt — liegt dann vor, wenn die Verwaltungsbehörden den Rechtsweg in einem bei dem Gerichte anhängigen bürgerlichen Rechtsstreite für unzulässig erachten und deshalb der Kompetenzkonflikt erhoben wird (§ 4 I Vero.).

---

2) Fleiner, a.a.O. S. 24.

2. Der negative Kompetenzkonflikt ist dann gegeben wenn „in einer Sache einerseits die Gerichte und andererseits die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte ihre Unzuständigkeit endgültig ausgesprochen haben, weil von den Gerichten die Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte und von diesen die Gerichte für zuständig erachtet sind". (§ 21 I Vero.).

Gemäß §§ 4, 5 a.a.O. kann der positive Kompetenzkonflikt nur von Verwaltungs- (Zentral- oder Provinzial-) Behörden, insbesondere den Ministerien, Oberpräsidenten, Regierungspräsidenten, gegenüber den Gerichten in einem bei diesen anhängigen Rechtsstreite erhoben werden, nicht aber umgekehrt von Gerichten gegenüber Verwaltungsbehörden. Danach ist ein Kompetenzkonflikt in Strafsachen ausgeschlossen. Der Rechtsstreit muß anhängig sein, und es darf auch nicht „die Zulässigkeit des Rechtsweges in der Sache durch rechtskräftiges Urteil des Gerichtes feststehen." Dieser terminus ad quem ist, nachdem der preußische Kompetenzkonfliktsgerichtshof auch Urteile des Reichsgerichts aufheben zu können glaubte, und dieses sich mehrfach entgegengesetzter Meinung gezeigt hatte, mit der Begründung, daß eine Landesbehörde nicht befugt sein könne, in die Gerichtsbarkeit des Reiches einzugreifen,[3] durch das preußische Gesetz vom 22. Mai 1902 dahin abgeändert worden, daß der positive Kompetenzkonflikt nicht mehr erhoben werden könne, „wenn ein mit der Revision anfechtbares Urteil des Gerichts ergangen ist."

Die Erhebung des Kompetenzkonfliktes bewirkt nun, daß der Rechtsstreit, das Prozeßverfahren „für die Dauer des denselben betreffenden Verfahrens unterbrochen wird." (§ 7 I Vero.). Wird durch Urteil des Kompetenzgerichtshofes die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht, so wird das gerichtliche Verfahren in dem Stadium wieder aufgenommen, in dem es unterbrochen wurde. Die Zulässigkeit des Rechtsweges steht damit auch für die Gerichte fest.

Wird aber der Kompetenzkonflikt für begründet erklärt, d. h. entscheidet der Gerichtshof dahin, daß der Rechtsweg unzulässig sei, so ist damit das gerichtliche Verfahren beendet und nach § 18 Vero. werden Gerichtskosten nicht erhoben und die bereits erhobenen zurückgezahlt.

3) R.G.Z. Bd. 44 S. 4 und 377. Bd. 48 S. 195.

Das Urteil hat aber keine Rechtskraft im Sinne der §§ 322 ff. Z.P.O., da es ja nicht zwischen den Prozeßparteien des Gerichtsverfahrens ergeht. Es schafft auch keine res iudicata gegenüber einer neuen Klage gleichen Inhaltes vor den Gerichten, wohl aber vor dem Kompetenzgerichtshof selbst.[4]

Der negative Kompetenzkonflikt kann, wenn endgültige beiderseitige Entscheidungen ergangen sind, nur „von einer bei der Sache beteiligten Partei" (§ 21 I Vero.) erhoben werden. Auf das zu beobachtende Verfahren finden die Vorschriften über den positiven Kompetenzkonflikt entsprechende Anwendung (§ 21 III Vero.). Von Amts wegen ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 21 I vorliegen, und verneinendenfalls ist der Antrag als unzulässig zurückzuweisen. Die sachliche Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage ist dahin zu fassen, daß die dem Urteile des Kompetenzkonfliktsgerichtshofes entgegenstehende Entscheidung der Gerichte, Verwaltungsgerichte oder Verwaltungsbehörden aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an die betreffende Instanz zu verweisen ist (§ 21 IV Vero.).

2. Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit.

a) Die gesetzlichen Bestimmungen.

Die Grundlage für Umfang und Grenze der Polizeigewalt in Preußen ist auch heute noch, wie oben dargelegt, die Vorschrift des § 10 II 17 A.L.R.:

> Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei.

Doch „ist der § 10 als Begriffsbestimmung nicht erschöpfend."[5] Er beschränkt sich im wesentlichen darauf, Zweck und Ziel der Polizei darzulegen und zu umgrenzen. Ihre Tätigkeits- und Lebensgebiete hingegen sind in der Vorschrift des § 6 des Gesetzes vom 11. März 1850 über die Polizeiverwaltung (Polizeigesetzes) im einzelnen angegeben.

4) Stölzel. Rechtsweg S. 375.
5) Friedrichs, Polizeigesetz S. 6. Vgl auch Hatschek a.a.O. S. 135, Biermann a.a.O.S. 2 ff.

Danach gehören zu den Gegenständen der ortspolizeilichen Vorschriften:

a) Schutz der Personen und des Eigentums;
b) Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, Brücken, Ufern und Gewässern;
c) Der Marktverkehr und das öffentliche Feilhalten von Nahrungsmitteln;
d) Ordnung und Gesetzlichkeit bei dem öffentlichen Zusammensein einer größeren Anzahl von Personen;
e) Das öffentliche Interesse in bezug auf die Aufnahme und Beherbergung von Fremden; die Wein-, Bier- und Kaffeewirtschaften und sonstige Einrichtungen zur Verabreichung von Speisen und Getränken;
f) Sorge für Leben und Gesundheit;
g) Fürsorge für Feuersgefahr bei Bauausführungen, sowie gegen gemeinschädliche und gemeingefährliche Handlungen, Unternehmungen und Ereignisse überhaupt;
h) Schutz der Felder, Wiesen, Weiden, Wälder, Baumpflanzungen, Weinberge usw.;
i) Alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muß.

Für die Landespolizeibehörden gelten entsprechend die §§ 11 und 12 des Polizeigesetzes.

Diese vier gesetzlichen Vorschriften sind nicht gleichmäßig für die beiden hauptsächlichen Aeußerungsformen der polizeilichen Tätigkeit, Polizeiverordnung und Polizeiverfügung, maßgebend. Denn unter „Vorschriften" sind in den §§ 6, 11, 12 a.a.O. nur Polizeiverordnungen zu verstehen.[6] Für Polizeiverfügungen ist wiederum der § 10 II 17 A.L.R. die alleinige gesetzliche Grundlage, soweit sie nicht selbst wieder auf Grund einer Polizeiverordnung oder eines speziellen Gesetzes ergehen. Für den Umfang des Polizeiverordnungsrechtes sind aber § 10 II 17 A.L.R. und §§ 6, 12 Pol.Ges. gemeinschaftlich maßgebend. Die einzelnen „Gegenstände der ortspolizeilichen Vorschriften" in § 6 a.a.O. geben der Polizei nicht die Macht und das Recht, alles, was Gegenstand der Gesetzgebung sein kann, durch Polizeiver-

6) Biermann a.a.O. S. 2, 3, Hatschek S. 136, Friedrichs a.a.O. S. 89.

ordnung zu regeln. Die Polizeigewalt ist vielmehr auch innerhalb der einzelnen Buchstaben von § 6 an die Schranken des § 10 II 17 gebunden. Wenn § 10 II 17 „Zweck" und Ziel der Polizei angibt und § 6 die einzelnen „Lebensgebiete" aufzählt, so bedeutet dieses eben erläuterte Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander, daß diese Lebensgebiete des § 6 sich nur innerhalb des durch § 10 II 17 begrenzten Zweckes auswirken können. „§ 6 des Polizeigesetzes wird von § 10 II 17 A.L.R. beherrscht."[7] So gibt § 6 der Polizei nicht das Recht, Maßnahmen der Wohlfahrtspflege in den Kreis ihrer Tätigkeit zu ziehen.

Damit ist aber allgemein nicht ausgeschlossen, daß § 6 noch erweitert werden kann. Durch die spätere Gesetzgebung in Preußen und im Reiche sind einzelne Buchstaben des § 6 in maßgebenden Punkten abgeändert und zu subsidiärem Rechte gemacht worden, „das soweit in Wirkung tritt, als kein Sondergesetz reicht."[8] So sind die Buchstaben c) und e) durch die einschlägigen Vorschriften der Gewerbeordnung, der Buchstabe f) durch gesundheitspolizeiliche Vorschriften ergänzt oder aufgehoben worden. Diese tragen zum Teil sicherheitspolizeilichen, zum Teil wohlfahrtspolizeilichen Charakter, können aber hier nicht im einzelnen erörtert werden, da sie den Rahmen der gestellten Aufgabe überschreiten.

Als weitere und letzte Vorschrift über den Umfang des Polizeiverordnungsrechtes ist noch § 15 des Polizeigesetzes zu nennen:

> „Es dürfen in die polizeilichen Vorschriften (§§ 5 und 11) keine Bestimmungen aufgenommen werden, welche mit den Gesetzen oder Verordnungen einer höheren Instanz im Widerspruche stehen."

Er gibt „die einzige allgemeine Grenze für das Eingreifen der Polizeibehörde in die Lebensverhältnisse und die Interessen der Einzelnen."[9] Diese Grenze bilden „Gesetze" und „Verordnungen einer höheren Instanz". Unter diesen sind sowohl Rechts- wie Verwaltungsverordnungen der der verordnenden Polizeibehörde vorgesetzten „höheren Instanz" zu verstehen.[10]

---

7) Hatschek a.a.O. S. 136. Vgl. auch Rosin Pol.Vero.R. S. 122, der die Tätigkeit der Polizeibehörden nach § 6 auf den „sachlichen Gesamtumfang ihrer polizeilichen Wirksamkeit" abstellt und unter diesem „Gesamtumfang" auch Wohlfahrtspolizei mitumfaßt.

8) Friedrichs a.a.O. S. 90.

9) Friedrichs a.a.O. S. 236.

10) Friedrichs a.a.O. S. 241/242.

Die entgegengesetzte Ansicht vertreten mit unzutreffenden Gründen insbesondere Rosin,[11] Bornhak[12] und Rotering[13]. „Gesetz" im Sinne dieser Vorschrift ist jede Rechtsnorm, also auch das Gewohnheitsrecht.[14] Denn gerade in dem Verwaltungsrechte spielen die sogenannten Observanzen eine große Rolle, und ihre Nichtberücksichtigung könnte für das Wirken der Polizei weittragende Folgen haben.

Für die Abgrenzung zwischen Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit sind vom Standpunkte der letzteren aus noch folgende gesetzliche Bestimmungen von Bedeutung:

§ 13 G.V.G. schreibt vor:

> Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ..., für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

und § 4 E.G.G.V.G. bestimmt:

> Durch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Zuständigkeit der Behörden wird die Landesgesetzgebung nicht gehindert, den betreffenden Landesbehörden jede andere Art der Gerichtsbarkeit, sowie Geschäfte der Justizverwaltung zu übertragen. Andere Gegenstände der Verwaltung dürfen den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden.

Diese Vorschriften regeln die Zulässigkeit des Rechtsweges. Rechtsweg bedeutet in diesem Zusammenhange nichts anderes als Gerichtsweg oder Verfahren vor den ordentlichen sowie den besonderen Gerichten. Entsprechend nennt man das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten Verwaltungsweg.[15]

Die Abgrenzung zwischen Rechts- und Verwaltungsweg ist, wie sich ja aus dieser Gegenüberstellung ergibt, eine rein formale. Es entscheidet lediglich die jeweilige Tätigkeit der einzelnen Behörde. Insoweit sind diese beiden Vorschriften und die aus ihnen zu entnehmenden Begriffe klar. Die Schwierigkeit beginnt aber mit dem Augenblicke, in dem man den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" bestimmen will.

11) a.a.O. S. 96.
12) Staatsrecht III S. 159—160.
13) Polizeiübertretungen S. 30—31.
14) Vgl. Biermann a.a.O. S. 14.
15) Rosenberg, Lehrbuch S. 23. Stölzel a.a.O. S. 1 ff. Hofacker, Arch.Ziv.Prax. Bd. 118 S. 310 ff.

Sowohl in Theorie wie in der Praxis ist dieser lebhaft umstritten. Den verschiedenen gegenüberstehenden Meinungen kann hier nicht im einzelnen nachgegangen werden. Die Schwierigkeit der Darstellung des Streites liegt hauptsächlich darin, daß selbst innerhalb der einzelnen Meinungen keine Klarheit über deren Begründung und die daraus zu ziehenden Schlußfolgerungen herrscht. Das Reichsgericht hat bisher auch noch keine einheitliche Stellungnahme eingenommen.[16] Einen großen Teil der Schuld tragen die unglückliche Fassung des § 13 G.V.G.[17] und die unklare Fassung der Motive zu dieser Vorschrift.

Aus dem ganzen Streite soll nur angedeutet werden, daß sich zwei Ansichten schroff gegenüberstehen:

Die eine vertritt den Standpunkt, der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit sei ein einheitlicher reichsrechtlich gegebener und enthalte ein materielles Unterscheidungsmerkmal, d. h. insbesondere bürgerliche Rechtsstreitigkeit sei eine aus einem Privatrechtsverhältnisse abgeleitete Streitigkeit im Gegensatze zu einer solchen des öffentlichen Rechtes.

Vgl. Reich § 13 G.V.G. S. 17 ff. 28 ff. insbesondere die S. 24 Anmerkung 19 angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts.

Baumbach, Z.P.O. § 13 G.V.G. Anm. 3. Fleiner, a.a.O. S. 14. Foerster-Kann, Z.P.O. Vor § 1 Anm. 3) a) aa) α). Hartmann, außer den im Schriftenverzeichnis genannten Stellen vgl. noch D.J.Z. 1908 S. 720, 1909 S. 1407, 1910 S. 279 und 1259, 1913 S. 691 und Preuß. Verw.Bl. Bd. 31 S. 77. Hauser, Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht S. 241. Hellwig, Lehrbuch I S. 59 Anm. 1. Hofacker, Arch.Ziv.Prax. Bd. 118 S. 281 ff. O. Mayer, a.a.O. S. 173. Prazak, Arch. öff. Recht Bd. 4 S. 273—274. R. Schmidt, Lehrbuch S. 180. Uebel, Z.Z.P. Bd. 1 S. 379. Weismann, Lehrbuch I S. 29, 30.

Die zweite Ansicht sieht in dem Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit nur eine Bezeichnung für das Gebiet der streitigen „Zivilgerichtsbarkeit" und stellt die Entscheidung auf die Zugehörigkeit zu der Tätigkeit der ordentlichen Gerichte ab.

16) Vgl. Lassar, Erstattungsanspruch S. 49 ff. 61 ff.
17) Vgl. Wach, Handbuch S. 79. Sarwey, Das öffentl. Recht S. 288.

Bornhak a.a.O. II S. 491—492. Fischer Z.Z.P. Bd. 10 S. 412 ff. Monich Z.Z.P. Bd. 23 S. 408. Stölzel a.a.O. S. 40/42. Vierhaus, Verw.Arch. Bd. 11 S. 235/36 und Z.Z.P. Bd. 5 S. 59/60. Wach a.a.O. S. 79/80. Vgl. auch R.G.Z. Bd. 92 S. 318. Bd. 93 S. 78 ff. Bd. 106 S. 177 ff. Bd. 111 S. 211 ff.

Eine dritte Ansicht sucht zu vermitteln und die Ergebnisse der beiden ersten zu vereinigen. Sie unterscheidet zwischen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in materiellem und formellem Sinne.

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht S. 40/41. Lassar, a.a.O. S. 71 ff. Rosenberg, a.a.O. S. 23. Schelcher, Verw.Arch. Bd. 28 S. 337 ff. und Justiz und Verwaltung S. 1 ff. Stein, Grenzen und Beziehungen § 3. Stein-Jonas, Z.P.O. S. 4/5. Stein-Juncker, Grundriß S. 81/82.

Formell bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne der Z.P.O. und des G.V.G. sind alle Streitigkeiten, die den ordentlichen Gerichten zur Behandlung als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zugewiesen sind, mag auch im einzelnen Falle wegen der materiell öffentlich-rechtlichen Natur öffentliches Recht anzuwenden sein. Ebenso gilt dieses formale Unterscheidungsmerkmal auch für Verwaltungs- und Verwaltungsstreitsachen.[18] Die materielle Natur der Rechtssache bleibt unverändert. „Juristisch betrachtet laufen hier die prozessuale Behandlung und die materielle Beurteilung auseinander."[19]

Materiell bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist wiederum eine Streitigkeit, die aus einem Privat- oder Zivilrechtsverhältnis hergeleitet wird, „Zivilrechtssache im Gegensatz zur Verwaltungssache".[20]

Der Unterschied läuft hier letztlich auf die Frage, ob eine Streitigkeit öffentlich- oder privat- (zivil-) rechtlicher Natur ist, m. a. W. auf den Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht hinaus.

Dieser Gegensatz ist auch für die Abgrenzung von Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit von hervorragender Bedeutung. Denn abgesehen von einigen Fällen, in denen gesetzlich die Zuständigkeit der Polizeibehörden auf dem Gebiete

18) Stein-Juncker a.a.O. S. 81. Schelcher, Verw.Arch. Bd. 28 S. 339.
19) Stein, Grenzen S. 21.
20) Schelcher a.a.O. S. 338.

des privaten Rechtes begründet ist,[21] ist die Polizei nicht berechtigt, in materiell bürgerliche Rechtsstreitigkeiten einzugreifen. Umgekehrt sind keine Angelegenheiten der Polizei den ordentlichen Zivilgerichten zur Erledigung überwiesen worden.

b) Der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht.[22]

Es ist heute nicht mehr unbestritten, ob es überhaupt noch einen Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Rechte gibt. Von namhafter Seite, insbesondere von der jüngeren Schule der österreichischen Juristen wird ein heftiger Kampf gegen die übliche Zweiteilung innerhalb des Rechtes geführt.[23]

Den historischen Ursprung der Zweiteilung erkennt diese sogenannte monistische Rechtslehre zwar an, leugnet aber dann mit verschiedener Begründung ihre berechtigte Entstehung und Berechtigung überhaupt. Weyr bezeichnet die Lehre von der Zweiteilung nur als eine methodologische Zweckmäßigkeitsfrage (S. 556), glaubt, der Entstehungsgrund sei psychologischer Natur (S. 577), und sieht mit fortschreitender Annäherung von Gesamtheit und Einzelwesen (S. 572/573) die Berechtigung für diese ganze Lehre schwinden.

Kelsen[24], der diesen Kampf weit heftiger führt, behauptet, der Grundsatz der Zweiteilung sei unvereinbar mit dem Gedanken des Rechtsstaates. Er versteht unter Rechtsstaat einen „Staat, dessen sämtliche Akte auf Grund der Rechtsordnung gesetzt sind." Dieser Staat im formellen Sinne sei aber infolge des einheitlichen Wesens der Rechtspflicht der Rechtsordnung unterworfen und allen anderen Rechtssubjekten gleichgeordnet und dürfe nicht mit dem Staate im materiellen Sinne gleich Rechts- oder Staatsordnung mit ganz bestimmten Rechtsinstitutionen verwechselt werden. Nur wenn man dies verwechselt, sei der Staat den Rechtssubjekten übergeordnet. Von einem streng positivistischen, jedes Naturrecht aus-

21) Vgl. B.G.B. §§ 965/977. H.G.B. § 81 II. Z.P.O. §§ 182. 758 III, 759, Preuß. Jagdordnung § 58. Seemannsordnung v. 2. 6. 1902 §§ 33 und 56 II.

22) Vgl. zu diesem Abschn. Stier-Somlo, Einwirkung S. 12 ff. Holliger, Kriterium. S. 11 ff. S. 60 ff.

23) Vgl. Kelsen, Arch. öff. Recht. Bd. 31, S. 53/90 und Allg. Staatslehre, S. 80/91. Weyr. Arch. öff. Recht. Bd. 23 S. 529 ff. Grünhuts Zeitschr. Bd. 40 S. 175 ff.

24) Allgem. Staatslehre, S. 81 ff.

schließenden Standpunkte aus, müsse aber jeder Staat Rechtsstaat im formellen Sinne sein und könne daher auch nicht den anderen Rechtssubjekten übergeordnet werden.

Kelsen verkennt einmal in seinen Ausführungen die geschichtliche Entwicklung der Zweiteilung. Denn Jahrhunderte hindurch hat man sich mit dieser Lehre nicht nur theoretisch beschäftigt, sondern auch ihre Folgen und Auswirkungen in den Rechtssystemen der weitaus meisten Staaten praktisch verwertet.[25] Es ist aber durchaus nicht verwunderlich, wenn die verschiedenen Beziehungen, die in einem Gemeinwesen zwischen diesem selbst und den Einzelwesen und zwischen den Einzelwesen wiederum untereinander vorkommen, nicht gleichartig sind; z. B. das Verhältnis zwischen der verfügenden Polizeibehörde und dem von der Verfügung Betroffenen, dem strafenden Staate und dem Verbrecher, dem Käufer und Verkäufer irgend eines Gegenstandes. Gerade diese Ungleichartigkeit der verschiedenen Beziehungen folgt doch aus dem Inhalte des Rechtsverhältnisses und nicht aus der Form.

Die monistische Rechtslehre ist aber auch psychologisch ungerechtfertigt aus dem Urtriebe des Menschen zur Freiheit, der den Gegensatz zur Unterordung unter das tatsächlich vorhandene Gemeinwesen nicht dulden will.[26]

Ist somit das Vorhandensein des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Rechte nachgewiesen, so soll nunmehr dieser Gegensatz selbst erklärt werden. Die Ansichten hierüber sind sehr verschieden.

Wenn Holliger[27] eine Reihe von Schriftstellern, die schon „5—7 Theorien zusammengestellt" haben, erwähnt und sodann selbst 17 Theorien aus dem Schrifttum aufzählt, so mag dies nur ein Hinweis sein auf die Vielumstrittenheit des Gegensatzes und schließlich auch auf seine Berechtigung gegenüber Kelsen und den anderen.

Aus dem gesamten Schrifttum kann man leicht den großen Streit um zwei Gruppen konzentrieren.

1) Die sog. Interessentheorie sieht den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Rechte in dem Merkmale, ob das öffentliche oder private Interesse bei einem Rechtsverhältnisse vorwiegend maßgeblich ist. Die geschicht-

25) Vgl. Krabbe, Die moderne Staatsidee, der offen von einem parlamentarisch-demokratischen Standpunkte aus die Zweiteilung bekämpft.
26) Vgl. Stier-Somlo a.a.O. S. 11.
27) a.a.O. S. 11 ff.

liche Grundlage dieser Theorie finden wir im römischen Rechte, und zwar in dem bekannten Satze Ulpians (Dig. lib. I tit. 1 de iustitia et de iure fr. 1 § 2): Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Utilitas bedeutet hier nichts anderes als Interesse und tritt dem status gegenüber durch den erklärenden Nachsatz in den Vordergrund. Diese Begriffsbestimmung des römischen Rechtes wird von den meisten Lehrern des Pandektenrechtes einfach übernommen[28] und auch noch in der 6. Auflage der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie von Bruns-Eck-Mitteis[29] vertreten: „Die römische Bestimmung, daß das Privatrecht ad utilitatem singulorum spectat, das öffentliche ad statum rei publicae, ist die einzig richtige und auch völlig zureichende; utilitas singulorum ist das besondere Interesse der Einzelnen als solcher, ihr Privatinteresse, status rei publicae der Zustand und die Interessen des Staates und der Gesamtheit." So stellt auch Layer[30] „den Gegensatz von Privat- und öffentlichem Rechte von vornherein auf den Gegensatz der hierdurch wahrgenommenen Interessen" ab. Auch das Reichsgericht[31] neigt in manchen Entscheidungen dieser Ansicht zu.

Daß aber diese Theorie, die im wesentlichen die Ergebnisse des römischen Rechts übernommen hat, den Anforderungen der Neuzeit nicht voll gewachsen sein konnte, hat ihr bekanntester Vertreter Savigny,[32] auf den übrigens die Formel „privates oder öffentliches Interesse" zurückgeht, selbst erkannt und versucht, ihre Schwächen zu überwinden. Er unterscheidet Staatsrecht und Privatrecht und führt hierzu aus: „Das erste hat zum Gegenstande den Staat, d. h. die organische Erscheinung des Volkes, das zweite die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse, welche den einzelnen Menschen umgeben, damit er in ihnen sein inneres Leben führe und zu einer bestimmten Gestalt bilde. Nicht als ob es, wenn wir diese beiden Rechtsgebiete vergleichen, an Uebergängen und Verwandtschaften fehlte. ..... Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein bestimmter Gegensatz darin, daß in

28) Vgl. Stier-Somlo, Einwirkung S. 13, insbes. Anm. 6.
29) Bd. 3 S. 298.
30) Prinzipien, S. 334.
31) R.G.Z. Bd. 22 S. 287; Bd. 25 S. 330; Bd. 57 S. 353; Bd. 70 S. 81; Bd. 74 S. 192; Bd. 75 S. 40 und 110. Richtig dagegen Bd. 92 S. 310; Bd. 93 S. 68; Bd. 103 S. 56.
32) System I S. 22/23.

dem öffentlichen Rechte das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrechte der einzelne Mensch für sich Zweck ist und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Dasein und auf seine besonderen Zustände bezieht."

Wach[33] geht aus von der geschichtlichen Feststellung, daß im Inhalte des Rechtsverhältnisses oder des dasselbe normierenden Gesetzes von altersher der Gegensatz des öffentlichen und privaten Rechtes gesucht worden sei, und bezeichnet es als „selbstverständlich, daß dem erörterten Gegensatz verschiedene Seiten der Betrachtung und des Unterschiedes abzugewinnen sind: Nach dem normierten Lebensverhältnis (Tatbestand), dem Gegenstand, Grund und Zweck, der formaljuristischen Befugnis bezw. Verpflichtung. Die Substanz des Lebensverhältnisses, die Natur des rechtlichen Gutes, Lebensinteresses als eines wirtschaftlichen oder ideellen und dergl. ergibt kein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal, wohl aber liegt solches in der Zweckbeziehung des Rechtes, der Pflicht unmittelbar auf das Ganze oder den Einzelnen... Die Zweckbeziehung der Rechte und Pflichten auf die Gesamtheit aber bedeutet, daß der Einzelne nicht gegenüber allen als Einzelnen, auch nicht als Einzelner (physische Person) gegenüber dem Begriffsganzen (der juristischen Person, zu deren Gliedern auch er gehört), sondern daß er als Glied dem Ganzen gegenüber verpflichtet und berechtigt ist." So bekommt das Rechtsverhältnis eine „zweiseitige publizistische Richtung. Das Vermögen des Individuums wird vom Staatszwecke nur ergriffen, soweit die Staatsgewalt es in ihre Dienste zieht; stellt es der Einzelne kraft seines Willens durch Rechtsgeschäft in den Zweck des Staates, so steht er demselben koordiniert, nicht als Teil dem Ganzen gegenüber".

Savigny und Wach befriedigt die reine Interessentheorie nicht mehr. Sie suchen daher nach neuen Wegen und finden diese in einer Annäherung an die unter 2) zu erörternde Subjektstheorie. Die Interessentheorie kann deshalb kein allseitig befriedigendes Unterscheidungsmerkmal geben, weil sie zu sehr in dem römisch-rechtlichen Utilitätsstandpunkt wurzelt, den Gegensatz also nur auf das jeweilig vorherrschende In-

33) Handbuch, S. 93 ff.

teresse abstellt und, im Einzelfalle, in dem das Gesetz keine eindeutige Stellung einnimmt, zu unsicheren Ergebnissen führt.

Ueber diese Schwierigkeiten soll uns die eben erwähnte 2) Subjekts- oder Subjektionstheorie hinweghelfen. Sie sieht das wesentliche Unterscheidungsmerkmal in dem Verhältnisse der beteiligten Rechtssubjekte zueinander. Stehen diese gleichberechtigt oder gleichgeordnet nebeneinander, so handelt es sich um Privatrecht; ist aber wenigstens eines der beteiligten Rechtssubjekte mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet, dem oder den anderen übergeordnet, um öffentliches Recht. Die weitaus meisten und namhaftesten Rechtslehrer des öffentlichen und privaten Rechtes bekennen sich zu dieser Theorie, sodaß sie als die z. Zt. herrschende bezeichnet werden kann. G. Jellinek[24] führt aus: „Der Gegensatz von Privat- und öffentlichem Rechte kann auf den Grundgedanken zurückgeführt werden, daß im Privatrechte die Einzelnen als grundsätzlich Nebengeordnete einander gegenüber stehen, es daher die Beziehungen der Einzelnen als solcher ordnet, während das öffentliche Recht Verhältnisse zwischen verschiedenen Herrschaftssubjekten oder die Organisation und Funktion der Herrschaftssubjekte und deren Beziehungen zu den der Herrschaft Unterworfenen regelt." Dieser Gegensatz der „Gleichordnung" oder „Ueber- und Unterordnung" kehrt in vielen z. T. fast wörtlich übereinstimmenden Begriffsbestimmungen wieder.

Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 14, Enneccerus, Lehrbuch S. 73; Hatschek, a.a.O. S. 14; Helfritz, a.a.O. S. 28; Hellwig, Lehrbuch, S. 61; Jung, Zeitschr. für Rechtsphilosophie, Bd. 2 S. 297/98; O. Mayer, a.a.O. S. 15 und 106; Meyer-Anschütz, a.a.O. S. 56/57; Radbruch, Einführung S. 71; Rosenberg, a.a.O. S. 5; Fleiner, a.a.O. S. 50/51; R. Schmidt, Einführung S. 8; Stein, Grenzen, S. 32; Stölzel, a.a.O. S. 46.

Eine etwas abweichende Stellungnahme finden wir bei Prazak[35] und im Anschluß an diesen bei Herrnritt[36]. Bei diesen Schriftstellern ist nicht das Lebensverhältnis das für den Charakter der Norm Bestimmende, sondern umgekehrt „die

34) Allgem. Staatsrecht, S. 384. Vgl. auch System S. 54 ff., insbesondere S. 56.
35) Arch. öff. Recht, Bd. 4 S. 259/260.
36) Grundlehren, S. 58 ff.

Norm bestimmt den Charakter des betr. Lebensverhältnisses, insofern dasselbe durch die Norm geregelt wird, und daher den Charakter eines Rechtsverhältnisses annimmt".[37] Maßgebend ist also der jeweilige wechselnde Standpunkt des Gesetzgebers über das Wesen des Rechtsverhältnisses. Es gibt danach auch kein objektives Unterscheidungsmerkmal, das die Zugehörigkeit zu dem oder jenem Rechtsgebiete zweifelsfrei feststellen könnte.

Schelcher[38] glaubt, daß jede der verschiedenen Meinungen etwas Richtiges und Wahres enthalte, aber keine für alle Fälle zutreffe und durchgreife. Wenn man von dem Standpunkt Mayers (a.a.O. S. 115/116) und Fleiners (a.a.O. S. 52) ausgehe, daß das geltende Recht den Charakter des Rechtsverhältnisses bestimme und bei dessen Versagen die Wissenschaft dazu berufen sei, so komme man doch zu dem Schluß, daß „die innere Natur des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses", die im wesentlichen aus der Gleichordnung oder Ueber- und Unterordnung zu entnehmen sei, maßgebend sei. Dazu müsse noch mehr Gewicht auf die Einheit des Rechtsverhältnisses gelegt und dieses nicht in eine öffentlich- und eine privatrechtliche Seite zerlegt werden.

Stier-Somlo[39] vertritt „die Theorie der selbständigen Lebenskreise, die ihre eigentliche rechtliche Ordnung verlangen und erfahrungsgemäß erhalten". Nachdem er die einzelnen zur Unterscheidung erforderlichen Elemente, wie das psychologische sowie das biologische (S. 11/12) und das geschichtliche Moment (S. 13/14) erläutert und die Interessentheorie sowie die monistische Rechtslehre bekämpft hat (S. 14/15), kommt er zu der Feststellung, daß es durchaus nicht bedeutungslos sei, „ob der Staat dem Untertan als mächtigere Person oder dem Bürger wie ein gleichberechtigter Privater gegenübertritt" (S. 16).

Auch in diesen abweichenden Darstellungen läßt sich mehr oder weniger die Neigung zu der grundsätzlichen Unterscheidung der Subjektstheorie feststellen. Ob Prazák und Herrnritt die Norm das Rechtsverhältnis beherrschen lassen anstatt umgekehrt, ist doch nur ein Spiel mit Worten. Schelchers Bestreben ist mehr darauf gerichtet, zweifelhafte oder

37) Prazak, a.a.O. S. 259.
38) Fischers Zeitschr. Ergänzungsheft zu Bd. 50 S. 174/177.
39) a.a.O. S. 11 ff.

zweifelhaft scheinende Fälle aufzuklären; er kommt aber dabei über die Grundsätze der Subjektstheorie nicht hinaus. Schließlich ordnen sich Stier-Somlos selbständige Lebenskreise sehr wohl in diese Theorie ein.

Wir können demnach als das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Rechte feststellen, ob die an einem Rechtsverhältnis beteiligten Subjekte in dem Verhältnisse der Ueber- und Unterordnung oder Gleichordnung zueinander stehen. Je nachdem diese Feststellung ausfällt, handelt es sich um öffentliches oder privates Recht.

Kehren wir nunmehr zu dem Ausgangspunkte (Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit) zurück, so können wir im Anschluß an die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Rechte feststellen, daß der Polizeigewalt gegenüber der Zivilgerichtsbarkeit nur die Regelung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse obliegt, d. h. der Verhältnisse, bei denen wenigstens eines der beteiligten Rechtssubjekte mit hoheitlicher Gewalt ausgestattet ist, insoweit diese Verhältnisse die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit und die Abwehr von Gefahren betreffen, während Zivilgerichtsbarkeit gegenüber der Polizeigewalt die Regelung privatrechtlicher Verhältnisse, d. h. Verhältnisse, an denen gleichberechtigte Rechtssubjekte beteiligt sind, zum Gegenstande hat.

c) Die Grenzen, dargelegt an einzelnen Beispielen.

Aus diesem grundsätzlich durchgreifenden Unterscheidungsmerkmal zwischen Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit ergibt sich einmal, daß die Polizeigewalt nicht zur Regelung privat-rechtlicher Verhältnisse tätig werden darf, zum andern, daß die Zivilgerichtsbarkeit nicht in öffentlich-rechtliche Verhältnisse — in dem eingeschränkten Sinne: öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit sowie Gefahrenabwehr — eingreifen darf.

Das Verhältnis der materiellen Begriffe Polizei und Privatrecht — entsprechend den formellen: Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit — ist nun nicht so zu denken, daß diese beiden Begriffe sich innerlich gleichwertig, d. h. einander be-

schränkend gegenüber stehen. Aus dem begrifflichen Wesen der Polizei als der Tätigkeit im Staate, die vornehmlich die öffentliche Ordnung zu schützen hat, folgt notwendigerweise, daß die Polizei nicht ihre Schranken an den Privatrechten finden kann. Denn diese können nur im Einklange mit der öffentlichen Ordnung bestehen. Die öffentliche Ordnung ist das Primäre; wer sie zu schützen hat, kann auch in Privatrechte eingreifen, solange es eben die öffentliche Ordnung erfordert. Polizeiliche und privatrechtliche Interessen können zusammenfallen, ineinander übergehen. Die Polizeigewalt kann dann so lange tätig werden, solange der Schutz der öffentlichen Ordnung ihre Tätigkeit erheischt. Ihre Grenzen bestimmen sich daher aus dieser selbst. Die Grenzen der Zivilgerichtsbarkeit hingegen finden ihre Schranken nicht an dieser allein, sondern auch an der Polizeigewalt.[40]

Es ist daher zweckmäßig, von der Polizeigewalt und ihren Grenzen auszugehen, wenn man Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit begrenzen will. Denn bei dieser Gegenüberstellung ergeben sich aus den Schranken jener auch die Grenzen dieser.

Wie wir oben[41] gesehen haben, wirkt sich der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch auf dem Gebiete der Polizei aus. Diese steht ebenso wie jede andere Tätigkeit der Verwaltung unter dem Gesetze. Das Gesetz, von dem die Polizei ihre allgemeine[42] Ermächtigung ableitet, ist die Vorschrift des § 10 II 17 A.L.R. Wenn dort als Aufgabe der Polizei neben „Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung" auch „die Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben drohenden Gefahr" bezeichnet wird, so soll damit nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß jede einem Einzelnen drohende Gefahr ein Eingreifen der Polizei rechtfertigt. Vielmehr müssen gerade die einzelnen Mitglieder des Publikums, um des Schutzes der Polizei teilhaftig werden zu können, „in sozialem Zusammenhang mit dem Gesamtpublikum"[43] stehen, d. h. der Einzelmensch für sich und allein, ohne Zusammenhang mit der Gesamtheit, wird polizeilicherseits noch nicht vor Gefahren ge-

40) Vgl. Hatschek, a.a.O. S. 142. Anschütz, Polizei S. 19.
41) Seite 6.
42) Soweit spezialgesetzliche Bestimmungen bestehen, ist der Umfang der Polizeigewalt selbstverständlich durch diese geregelt, z. B. Wege-, Gesundheits-, Wasser-, Gewerbepolizei u. a. m. Vgl. auch O.V.G. Bd. 16, S. 321 und Bd. 18, S. 411.
43) Hatschek a.a.O. S. 125.

schützt. Auch bedeutet der Begriff „Gefahr" eine Beziehung zur Oeffentlichkeit und zum öffentlichen Interesse.[44] Solange sich also das Privatleben des Einzelnen rein für sich oder nur von Mensch zu Mensch abspielt, ohne die Oeffentlichkeit zu gefährden, solange besteht für die Polizei nicht die Möglichkeit einzugreifen. Fühlt sich hier der Einzelne verletzt, so kann er vor den ordentlichen Gerichten Klage erheben und sich dort sein Recht suchen, wenn infolge Fehlens der Beteiligung der Allgemeinheit die Polizei nicht einschreiten darf.

Die Grenzen der Polizei gegenüber dem Privatrechte sollen nun in folgender Weise näher dargelegt werden:

1) gegenüber dem Schuldrechte,
2) gegenüber dem Sachenrechte, insbesondere dem Eigentum,
3) gegenüber anderen Privatrechten, insbesondere Familien- und Persönlichkeitsrechten.

Ad 1: Zur Erfüllung schuldrechtlicher Verbindlichkeiten darf die Polizei grundsätzlich nicht eingreifen, insbesondere nicht die Erfüllung von Verträgen erzwingen oder verhindern[45], wenn nicht öffentliche polizeilich zu schützende Interessen ein Eingreifen erfordern.

So kann die Polizei in Mietsverträge[46] über Wohnungen eingreifen und deren Räumung insbesondere dann anordnen, wenn dieWohnungen feucht, also gesundheitsgefährlich sind.[47] Das Recht des Mieters gegenüber dem Vermieter auf Gewährung der Mietsache steht dem nicht entgegen. Ebenso kann die Polizei verlangen, daß schadhafte Fenster einer Mietwohnung gedichtet werden.[48] Auch kann sie Sittendirnen das Wohnen in bestimmten Gegenden einer Stadt untersagen.[49] Die Privatrechtsverhältnisse wirken sich hier nicht nur nach der privatrechtlichen Seite aus, sondern reichen auch darüber hinaus in das öffentliche Recht. Gesundheitsgefährliche M i e t wohnungen gefährden die öffentliche Sicherheit, der Aufenthalt von Sittenmädchen in gewissen

44) Jellinek a.a.O. S. 418.
45) Vgl. Friedrichs a.a.O. S. 13, 44/45, 249/250. Biermann a.a.O. S. 209 ff. Scholz-Forni, Verw.Arch. Bd. 30, S. 272. O.V.G. Bd. 7, S. 354 ff. Bd. 27, S. 422 ff. Bd. 38 Seite 453.
46) Vgl .Schultzenstein, D.J.Z. 1899, S. 431/433. O.V.G. Bd. 1 S. 363/364, Bd. 77 Seite 464 ff.
47) O.V.G. Bd. 24 S. 384 ff. Preuß. Verw.Bl. Bd. 34 S. 365/366.
48) JW. 1924 S. 2087 ff.
49) O.V.G. Bd. 3 S. 377 ff. Preuß. Verw.Bl. Bd. 7 S. 352.

Stadtvierteln die öffentliche Sittlichkeit und damit die öffentliche Ordnung. Es liegen also polizeiwidrige Zustände vor, die ein polizeiliches Eingreifen rechtfertigen.

Wenn dagegen die Polizei Oeffnung eines mit Sachen des Mieters angefüllten Kellers verfügt, den der Vermieter in Ausübung seines Pfand- und Zurückbehaltungsrechtes (§§ 559—561 B.G.B.) schließen ließ, so überschreitet sie mit dieser Verfügung ihre Grenzen.[50] Hier sind keine öffentlichen Interessen verletzt; vielmehr handelt es sich nur um die Abwicklung der gegenseitigen Ansprüche aus dem Mietsvertrage, insbesondere um die Durchführung eines aus diesem folgenden gesetzlichen Pfandrechtes, also um privatrechtliche Ansprüche, über die die ordentlichen Zivilgerichte zu entscheiden haben. Ein polizeilicher Eingriff ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn eine strafbare Handlung vorläge. In einem anderen Falle[51] ist dagegen ein polizeiliches Verbot vom O.V.G. gebilligt worden, wodurch dem Mieter untersagt worden war, die Wohnung des noch im Mietbesitze befindlichen Mieters zu betreten, es sei denn, daß der Mieter den Mietbesitz nur ausübt, um dem Vermieter Schaden zuzufügen.

Der Schutz des Dienst- und Arbeitsverhältnisses stand früher auf Grund der verschiedenen Gesindeordnungen der Polizei insoweit zu, als sie das Gesinde in den Dienst zurückführen und Zeugnisse berichtigen konnte. Seitdem aber die Gesindeordnungen durch den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918 (R.G.Bl. 1918, S. 1303) aufgehoben sind, ist die Polizei nunmehr auch in diesen Fällen nur unter den Voraussetzungen der allgemeinen gesetzlichen Ermächtigung einzugreifen befugt.

So hat das O.V.G.[52] schon unter dem früheren Rechtszustande folgende polizeiliche Verfügung für unzulässig erklärt: Ein Dienstherr hatte auf Grund eines von ihm behaupteten vertraglichen Zurückbehaltungsrechtes Sachen eines fortziehenden Knechtes einbehalten. Auf dessen Ersuchen hatte die Polizei dann die Herausgabe oder Einholung eines gerichtliches Arrestes binnen 8 Tagen angeordnet. Ebenso

50) O.V.G. Bd. 4, S. 414 ff. Preuß. Verw.Bl. Bd. 10 S. 135 ff.
51) O.V.G. Bd. 67 S. 308 ff.
52) Bd. 7 S. 375. Preuß. Verw.Bl. Bd. 2 S. 383 1.

wie hier lagen Eingriffe in privatrechtliche (dienstvertragliche) Beziehungen vor, als die Polizei das Verbleiben des Gesindes im Dienste während der ganzen Zeit des Dienstes anordnete[53] oder das Dienstverhältnis überhaupt für aufgelöst erklärte.[54]

Polizeiverordnungen sind unzulässig, die den Kellnerinnen die Annahme von Trinkgeldern[55] oder den Wirten die Abgabe von Branntwein auf Kredit verbieten.[56]

Ganz allgemein ist die Polizei auch nicht berechtigt, in vertragliche Beziehungen derart einzugreifen, daß sie anstatt des Polizeipflichtigen denjenigen heranzieht, der dem Polizeipflichtigen privatrechtlich ersatzpflichtig ist.[57] Inwieweit der vertraglich Verpflichtete etwa als Störer polizeipflichtig ist, soll weiter unten[58] erörtert werden. Schließlich darf die Polizei auch nicht privatrechtliche Rechte und Pflichten anders regeln, als es die Privatrechtsordnung vorschreibt.[59]

Ad 2: Polizei und Eigentum. Es ist unmöglich, diese beiden Begriffe gegeneinander abzugrenzen, ohne zuvor auf den Begriff des Eigentums eingegangen zu sein.[60] Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch in seinen Bestimmungen über das Eigentum im § 903 von der Vorschrift ausgeht:

> Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen,

so gibt es zwar damit keine Begriffsbestimmung des Eigentums, für desen Inhalt läßt sich aber aus dieser Vorschrift entnehmen, daß der Eigentümer das Recht hat, mit einer Sache beliebig zu verfahren und die Einwirkung anderer auszuschließen — innerhalb der von der Rechtsordnung gesetzten Schranken. Inhaltlich mehr sagt auch nicht der Art. 153 I R.V.:

> Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet.

---

53) Preuß. Verw.Bl. Bd. 26 S. 793 r.
54) O.V.G. Bd. 18 S. 418 ff.
55) O.V.G. Bd. 59 S. 363 ff.
56) Reger, Bd. 32 S. 445 ff.
57) O.V.G. Bd. 4 S. 419 ff. u. Bd. 40 S. 441.
58) Vgl. S. 33/34.
59) Vgl. Hatschek, a.a.O. S. 155/56. Biermann a.a.O. S. 214 ff. u. d. dort angef. Beispiele.
60) Vgl. hierzu als eine Betrachtung d. Eigentums vom rechtsphilosophischen Standpunkte: Stier-Somlo in Verw.Arch. Bd. 6 S. 289 ff., 300 ff.

Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.

Begrifflich kann man daher das Eigentum als das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache bezeichnen.[61]

Unter die beschränkenden und entgegenstehenden Gesetze gehören vor allen Dingen auch die Vorschriften über Polizei und Polizeigewalt.[62] Gegenüber dem Eigentümer einer Sache gelten also auch wieder die allgemeinen Grenzen der polizeilichen Tätigkeit. Diese ist überall da einzuschreiten befugt, wo durch die Ausübung des Eigentums — sei es positives Tun oder Unterlassen — die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung bedroht erscheint und Gefahren für das Publikum oder dessen einzelne Mitglieder auftreten.

Das preußische Oberverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung diese Grundsätze bezüglich des Eigentums in dem kurzen Satze zusammengefaßt:

Jeder Eigentümer ist verpflichtet, sein Eigentum in polizeigemäßem Zustande zu erhalten.

Die Lehre im Schrifttum ist dem O.V.G. fast einstimmig gefolgt:

Biermann, a.a.O. S. 124. Bornhak, Verw.Arch. Bd. 8 S. 24. Friedrichs, a.a.O. S. 41 und 247. Hatschek. a.a.O. S. 151. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 426 und Gesetz S. 246. Rosin, Pol.Vero.R. S. 143. Schade, Arch. öff. Recht. Bd. 25 S. 266 ff. Stier-Somlo, Verw.Arch. Bd. 6 S. 275 ff. Wolff, a.a.O. S. 152. Anm. 10. — O. V. G. Bd. 7 S. 351. Bd. 8 S. 330. Bd. 10 S. 180. Bd. 12 S. 311. Bd. 13 S. 325. Bd. 16 S. 325 und 393. Bd. 18 S. 414. Bd. 23 S. 396. Bd. 24 S. 399. Bd. 27 S. 426. Bd. 28 S. 391. Bd. 30 S. 424. Bd. 36 S. 401. Bd. 39 S. 399. Bd. 40 S. 398. Bd. 60 S. 309. Bd. 77 S. 369/370. — Preuß. Verw. Bl. Bd. 8 S. 111. Bd. 11 S. 287. Bd. 14 S. 41 l. und 443 r. Bd. 16 S. 21 und 97.

Die Bedeutung dieses Grundsatzes der Rechtssprechung im engeren Rahmen der Grenzen von Polizeigewalt und Zivilgerichtsbarkeit mag an einigen Beispielen aus dieserRechtssprechung erläutert werden.

---

61) Vgl. R. Schmidt, Einführung S. 307. M. Wolff, Sachenrecht S. 149 ff.
62) Vgl. Anschütz, R.V. Art. 153 Anm. 5.

Das O.V.G.[63] hat eine ortspolizeiliche Verfügung aufgehoben, wodurch der Eigentümerin eines Grundstückes aufgegeben war, hohe Tannen zu beseitigen und die darunter angesammelten Abfallstoffe wegzuräumen, weil dadurch Licht und Luft des nachbarlichen Schulgrundstückes beeinträchtigt würden. Diese Verfügung sei unzulässig und lasse sich auch nicht aus gesundheitspolizeilichen Gründen halten. Denn sie betreffe ausschließlich die Regelung nachbarlicher Privatrechtsverhältnisse, deren Entscheidung dem ordentlichen Zivilrichter vorbehalten sei. Ein öffentliches Interesse sei auch nicht deswegen anzunehmen, weil das belästigte Grundstück ein Schulgrundstück sei und deswegen die Schulkinder besonders geschützt werden müßten. Erlitten diese wirklich eine Belästigung, so könne eine Abstellung der gekennzeichneten Mängel nur durch Verlegung der Schule erfolgen.

Als einen Eingriff in eine privatrechtliche, nämlich Besitzstreitigkeit hat das O.V.G.[64] in folgendem Falle eine polizeiliche Verfügung aufgehoben: Zwischen dem Kreis als Unternehmer eines Kleinbahnbaues und dem Eigentümer der von dem Bahnbau berührten Grundstücke waren Streitigkeiten entstanden, weil eine Drahtseilanlage auf dem berührten Grundstücke die Arbeiten des Bahnbaues und die Ausführenden gefährdete. Die Polizeibehörde ordnete die Verlegung des Drahtseiles in der Weise an, daß jede Gefahr für die den Bahnkörper betretenden Personen ausgeschlossen werde. Diese Verfügung mußte der Aufhebung unterliegen. Denn die Gefahr sei dadurch hervorgerufen, daß der Kreis (Unternehmer) auf Grund eines von ihm behaupteten Privatrechtes gegen den Willen und das ausgesprochene Verbot des Eigentümers auf dessen Gebiete arbeiten ließ. Wer dabei im Rechte sei, müsse der ordentliche Zivilrichter entscheiden, der im Eilfalle mit einem Antrage auf eine einstweilige Verfügung angegangen werden könne.

Noch treffender scheidet das O.V.G. in Bd. 38 S. 447 ff. die polizeiliche und die privatrechtliche Tätigkeit. Dort handelt es sich für die Polizei um die Möglichkeit auf mehreren Wegen zum Ziele zu kommen, von denen der eine aber in Privatrechte eingreift. Wörtlich wird auf S. 453 ausgeführt:

63) Bd. 39 S. 396. Vgl. auch D.J.Z. 1896 S. 447, 1901 S. 486.
64) Bd. 51 S. 403 ff.

„Es ist nicht Aufgabe der Polizei, ohne dringende Not in privatrechtliche Streitigkeiten einzugreifen, wenn den Anforderungen des öffentlichen Interesses auch auf einen anderen Wege Genüge geleistet werden kann".

Dem Eigentümer von Grundstücken liegt die Pflicht zur Beleuchtung seines Eigentums unter gewissen Voraussetzungen ob. Er kann dazu auch im Wege der polizeilichen Verfügung angehalten werden. In Mietshäusern sind Flure und Treppen zu beleuchten, solange dort Verkehr herrscht. Zeit und Dauer der Beleuchtung richten sich nach wechselnden örtlichen Bedürfnissen.[65] Dies gilt „in gleicher Weise für Hofräume, für alle Plätze und Grundstücke, auf welchen dritte Personen zu verkehren genötigt sind, und auf welchen ihnen der Verkehr vom Privateigentümer gestattet wird, mag diese Gestattung durch Mietsvertrag oder auch ohne jede rechtliche Verpflichtung veranlaßt sein. Die in solchen Fällen entstehende Pflicht zur Beleuchtung trifft nur dann nicht den Eigentümer des Grundstücks, wenn sie durch spezielle Rechtsnormen ausgeschlossen wird, daher insbesondere nicht in dem Falle, wenn das Grundstück den Körper eines öffentlichen Weges bildet".[66] Hier kann die Polizei eingreifen, weil der Verkehr, also die öffentliche Sicherheit durch die Nichtbeleuchtung gefährdet wird. Es soll nicht erst dem einzelnen Mieter überlassen bleiben, aus der schuldrechtlichen Verbindlichkeit den Vermieter und Eigentümer in Anspruch zu nehmen.

Bei der Abgrenzung von Polizei und Eigentum gewinnt die Frage eine besondere Bedeutung, an wen sich die Polizei halten kann, wenn Eigentümer und Störer, das ist der Verursacher der Polizeiwidrigkeit, nicht zusammenfallen. Diese Frage interessiert im Rahmen dieser Abhandlung insofern, als das Verhältnis zwischen Eigentümer und Störer häufig auf privatrechtlicher Grundlage beruht (Stellvertretung, Eigentümer und Nießbraucher, Eigentümer und Berechtigter auf Grund einer beschränkt-persönlichen Dienstbarkeit u. a. m.).

65) O.V.G. Bd. 12 S. 390 ff. Bd. 30 S. 491 ff. K.G. in Spruchsammlung der D.J.Z. 1911, S. 161.

66) O.V.G. Bd. 18 S. 414/15. Vgl. auch Bd. 72 S. 288 ff., insbesondere 294. K.G.J. Bd. 6 S 317 ff.

Grundsätzlich sind Eigentümer und Störer in gleicher Weise verpflichtet, insoweit beiden die tatsächliche Herrschaft über eine Sache zusteht.[67] O.V.G. Bd. 28 S. 392 führt hierzu aus: „Neben dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Eigentümers (nämlich zur Erhaltung des Eigentums im polizeimäßigen Zustande) besteht aber die öffentlich-rechtliche Verpflichtung eines jeden Dritten, welcher auf Grund privatrechtlicher Abmachungen tatsächlich die Herrschaft über das Grundstück oder Teile desselben ausübt, auch seinerseits den polizeilichen Anforderungen zu genügen."

Der Polizei steht es dann frei, an wen sie sich halten will.[68] So sind mehrere Miteigentümer[69], neben dem Eigentümer der Nießbraucher[70], Mieter[71], Generalbevollmächtigte[72] für polizeipflichtig erachtet worden.[73]

Bezüglich der Stellvertretung — gesetzlicher wie gewillkürter — ist es ganz allgemein eine Streitfrage, ob sich die Polizei an Vertreter und Vertretenen oder nur an den Vertretenen halten kann. Schultzenstein[74] vertritt den Standpunkt, daß den polizeiwidrigen Zustand, den ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht verursacht hat, zu beseitigen, der Vertretene und nur er allein verpflichtet ist. Diese Ansicht bekämpft Hatschek[75]; nach ihm soll das privatrechtliche Innenverhältnis der Vertretung zwischen Eigentümer und Störer die Polizei nichts angehen. Wenn er dabei glaubt, die kammergerichtliche Rechtsprechung auf seiner Seite zu haben, so ist dem entgegenzuhalten, daß in dieser Frage die Rechtsprechung des Kammergerichts nicht ganz einheitlich ist. Im „Recht" 1910 Sp. 140, D.J.Z. 1906, S. 767, K.G.J. Bd. 37, C. S. 5 läßt es zwar den Hausverwalter oder Kutscher als Stellvertreter des Eigentümers polizeilich haften, während nach K.G.J. Bd. 25 C. S. 3 ff. und D.J.Z. 1903 S. 57/58 die Stellvertreter

67) Vgl. Anschütz, Verw.Arch. Bd. 5 S. 418 ff. u. d. dort angef. Entscheidungen des O.V.G. Friedrichs, a.a.O. S. 44. Anm. 30. Hatschek a.a.O. S. 152. Jellinek, Gesetz S. 308. Vossen, Schutz d. Gewerbefreiheit, S. 16 ff.
68) O.V.G. Bd. 46 S. 398. Bd. 58 S. 412. Preuß. Verw.Bl. Bd. 27 S. 212 r.
69) O.V.G. Bd. 26 S. 395. Bd. 33 S. 444/45. Preuß. Verw.Bl. Bd. 31 S. 687.
70) Preuß. Verw.Bl. Bd. 31 S. 634.
71) Preuß. Verw.Bl. Bd. 27 S. 10 r. und Bd. 31 S. 687 r. O.V.G. Bd. 16 S. 394.
72) O.V.G. Bd. 28 S. 392/93. Bd. 59 S. 272/73.
73) Vgl. auch noch O.V.G. i. Preuß.Verw.Bl. Bd. 16 S. 272 r. Bd. 30 S. 207. 1. Bd, 31 S. 685 r. u. O.V.G. Bd. 7 S. 348 f. Bd. 12 S. 310. Bd. 13 S. 323 ff. Bd, 21 S, 416,
74) Verw.Arch. Bd. 14 S. 45/46.
75) a.a.O. S. 153/154.

nicht polizeipflichtig sind. Ferner geht Hatschek m. E. auch zu weit, wenn er bezüglich dieser Fragen der Stellvertretung einen Gegensatz zwischen der Rechtsprechung des Kammergerichts und der des preuß. Oberverwaltungsgerichts erkennen zu können glaubt. Das O.V.G. stellt auch in dieser Hinsicht die Frage der Polizeipflicht nur darauf ab, ob der Handelnde die tatsächliche Verfügungsgewalt hat oder nicht. Dies kann je nach dem Umfange der Vertretungsmacht sehr verschieden sein und demzufolge zu verschiedener Beantwortung der Polizeipflichtigkeit von Vertreter und Vertretenem führen. So sind die von Schultzenstein[76] erwähnten Entscheidungen des O.V.G. Bd. 40 S. 216 und Bd. 43 S. 383 ff. nur die folgerichtige Fortbildung des oberverwaltungsgerichtlichen Grundsatzes von dem Ausüben der tatsächlichen Verfügungsgewalt. In diesen Fällen sind eben nicht die Vertreter, wenn man dort überhaupt von solchen sprechen kann, die eigentlichen Gewalthaber, sondern nur die Vertretenen. Also können sie auch nur zur Erfüllung der Polizeipflicht angehalten werden.

Die Entscheidung des Kammergerichts — D.J.Z. 1908 S. 141 ff.[77] — lehnt sich mit ihrem Standpunkt — Bauherr ist derjenige, der den Bau beherrscht — an die Grundsätze des O.V.G. an, während die Entscheidung D.J.Z. 1906 S. 767[78] ziemlich formalistisch erscheint. Wie schon kurz zuvor erwähnt wurde, ist in der kammergerichtlichen Rechtsprechung ein gewisses Schwanken festzustellen, das wohl hauptsächlich darauf zurückzuführen ist, daß das Kammergericht nicht von einem allgemeinen Grundsatze ausgeht wie das Verwaltungsgericht. Jedenfalls ist aber ein derartiger Gegensatz, wie ihn Hatschek annehmen zu können glaubt, nicht festzustellen. Auch das Kammergericht selbst spricht in der Entscheidung K.G.J. Bd. 37 C S. 5 von einer Uebereinstimmung mit dem Oberverwaltungsgericht. Es ist daher auch bei der Stellvertretung darauf abzustellen, ob im Einzelfalle Vertreter und Vertretener die tatsächliche Verfügungsgewalt über eine Sache innehaben oder nicht.

Ad 3: Gegenüber anderen Privatrechten, wie Familien-, Erb- und Persönlichkeitsrechten ist die Polizei ebenfalls an

76) a.a.O. S. 57/58.
77) Vgl. Hatschek a.a.O. S. 153 unten.
78) Vgl. Hatschek a.a.O. S. 153 Mitte.

die gesetzlichen Vorschriften gebunden; ihre Eingriffe müssen auf gesetzlicher Grundlage beruhen; denn erst dadurch gewinnt sie die Befugnis, diese Rechte im öffentlichen Interesse zu beschränken.

Einer Sittendirne kann das Wohnen in bestimmten Häusern verboten werden, ohne daß diesem Verbote das Recht des Ehemannes auf Bestimmung der Wohnung der Ehefrau (§ 1354 I B.G.B.) entgegensteht.[79] Auch dringt nicht etwa die Berufung auf die allgemeine Wohnsitzpflicht der Ehefrau (§ 10 I, 1 B.G.B.) durch. Es ist auch unbeachtlich, ob die Ehe bei Erlaß des Verbotes schon besteht oder erst zu dessen Umgehung eingegangen wird. In sämtlichen Fällen ist und bleibt die öffentliche Sittlichkeit und damit die öffentliche Ordnung verletzt.

Das Recht des Vaters, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (§§ 1627, 1630 B.G.B.), hindert die Polizei nicht, dem Vater zu verbieten, das Kind bei jeder beliebigen Person oder unter allen beliebigen rechtlichen Verhältnissen in Erziehung zu geben.[80] Solche öffentlich-rechtlichen Schranken sind mit der privatrechtlichen Befugnis des Vaters oder Ehemannes, den Aufenthalt der Kinder oder der Ehefrau zu bestimmen, durchaus vereinbar.

Eine polizeiliche Verfügung hat aber das O.V.G.[81] als unzulässig im folgendem Falle aufgehoben: In der Wohnung eines getrennt lebenden Ehepaares — nur die Ehefrau bewohnte noch die eheliche Wohnung — erschien der Bruder der Ehefrau mit einem Polizeibeamten, damit unter der „passiven Assistenz" dem ausdrücklichen Verbote des Ehemannes zuwider, viele gemeinschaftliche Wohn- und Einrichtungsgegenstände durch Dienstmänner für die Ehefrau weggeholt werden konnten. Die in dem Verhalten des Polizeibeamten liegende polizeiliche Verfügung will unzweifelhaft die privatrechtlichen Beziehungen der Eheleute zu Gunsten der Ehefrau regeln. Dies kann aber, wenn keine strafbare Handlung oder deren Verdacht vorliegt, nur der ordentliche Zivilrichter.

Die Polizei hat auch nicht darüber zu wachen, daß minderjährige Personen kein Dienstverhältnis ohne die Genehmigung der Eltern oder des Vormundes eingehen.[82]

79) O.V.G. Bd. 3 S. 337 ff. Preuß. Verw.Bl. Bd. 20 S. 251 l. Bd. 23 S. 631 ft. (Eigentum.)
80) O.V.G. Bd. 39 S. 383 ff. insbes. S. 385. D.J.Z. 1902 S. 54.
81) O.V.G. Bd. 58 S. 264 ff.
82) Preuß. Verw.Bl. Bd. 10 S. 521 r.

3. Polizeigewalt und Strafgerichtsbarkeit.

Für die Betrachtung der gesetzlichen Vorschriften bei der Abgrenzung von Polizeigewalt und Strafgerichtsbarkeit kann, was die erstere betrifft, auf die obigen[83] Ausführungen verwiesen werden. Für die Strafgerichtsbarkeit ist in gleicher Weise wie bei der Zivilgerichtsbarkeit Ausgangspunkt der § 13 G.V.G., der auch hier entsprechend vorschreibt, daß vor die ordentlichen Gerichte alle Strafsachen gehören, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß sowohl Reichs- wie Landesgesetzgebung befugt sind, die Zuständigkeit der ordentlichen Strafgerichte auf Verwaltungsbehörden und -gerichte, also auch Polizeibehörden, zu übertragen und so Strafsachen der Polizeigewalt zu unterstellen.

Unter Strafsachen sind alle Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, in denen es sich um die Verhängung einer Strafe im eigentlichen Sinne, also einer Kriminalstrafe oder peinlichen Strafe handelt.[84] Dabei sei schon hier bemerkt, daß diese Kriminalstrafe die sog. Polizeistrafe mitumfaßt. Sie tritt damit also in Gegensatz zu den Exekutiv-, Disziplinar- und Ordnungsstrafen. Für den Begriff der Strafe sind vor allen Dingen zwei Merkmale wesentlich:

1) Strafe ist ein Eingriff in rechtlich geschützte Güter eines Menschen, z. B. Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen.

2) Sie ist aber auch eine Erwiderung, eine Reaktion des Staates auf eine von ihm mißbilligte Handlung oder Unterlassung eines Menschen.[85]

Alle Rechtsstreitigkeiten, in denen es sich um die Verhängung einer solchen Strafe handelt, sind Strafsachen im Sinne des § 13 G.V.G. und gehören vor die ordentlichen Strafgerichte, wenn nicht Reichs- oder Landesgesetzgebung Ausnahmen geschaffen haben.

Von dieser Befugnis hat die Reichsgesetzgebung, was die Polizeibehörden anlangt, keinen Gebrauch gemacht.[86] Wohl

83) Vgl. S. 14/17.

84) Vgl. Gerland, Strafprozeß, S. 29. Beling, Reichsstrafprozeßrecht, S. 105/106. Bennecke-Beling, Lehrbuch S. 6. Stein, Grenzen S. 40.

85) Vgl. Stein a.a.O. S. 40/41. Gerland, Strafrecht, S. 2/3. Liszt-Schmidt, Lehrbuch § 58 I 1.

86) Vgl. bezüglich reichsgesetzlicher Zuweisung an Verwaltungsbehörden: Reichspostgesetz vom 28. 10. 1871, §§ 34 ff. Seemannsordnung vom 2. 6. 1902. § 122. Reichsabgabenordnung vom 13. 12. 1919/20. 11. 1925, §§ 385 ff.

aber hat sie die Landesgesetzgebung ermächtigt, das polizeiliche Strafverfügungsverfahren an die Polizeibehörden der Länder in gewissen Schranken zuzuweisen. Die reichsrechtliche Vorschrift, die diese Zuweisung ermöglicht, ist niedergelegt in § 6 E.G.St.P.O. und lautet:

> Unberührt bleiben die landesgestzlichen Bestimmungen:
> 1. . . . . 2. . . . . .
> 3. Ueber das Verfahren im Verwaltungswege bei Uebertretungen, wegen deren die Polizeibehörden zum Erlaß einer Strafverfügung befugt sind, ..., insoweit nicht die §§ 413, 414, 415 und 419/423 der Strafprozeßordnung abändernde Bestimmungen treffen.

Für Preußen[87] ist diese landesgesetzliche Bestimmung zu finden in dem Gesetze vom 23. April 1883 betreffend den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen wegen Uebertretungen in der Fassung vom 31. Mai 1923.

> § 1 dieses Gesetzes bestimmt:
> Wer die Polizeiverwaltung in einem bestimmten Bezirke auszuüben hat, ist befugt, wegen der in seinem Bezirke verübten, in seinen Verwaltungsbereich fallenden Uebertretungen, Strafen durch Verfügungen festzusetzen, sowie eine etwa verwirkte Einziehung zu verhängen.

Die Polizeibehörden haben sich aber dabei an die Schranken der §§ 413 ff. St.P.O. zu halten. Danach kann die Polizei nur auf Haft bis zu 14 Tagen, Geldstrafe oder Haftstrafe, die an Stelle einer nichtbeitreibbaren Geldstrafe tritt, erkennen (§ 413 II St.P.O.). Die polizeiliche Strafverfügung muß die gleichen Erfordernisse enthalten, wie der richterliche Strafbefehl: Festsetzung der Strafe, strafbare Handlung, das angewendete Strafgesetz und die Beweismittel, schließlich auch noch die Eröffnung über die zulässigenRechtsmittel (§§ 413 III, 414 St.P.O. und § 4 des Gesetzes vom 23. 4. 1883/31. 5. 1923). Der Erlaß[88] einer diesen Vorschriften entsprechenden polizeilichen Strafverfügung unterbricht die Verjährung wie eine richterliche Handlung (§ 413 IV St.P.O.).

Stellt der von der polizeilichen Strafverfügung Betroffene den Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 413 III St.P.O. und § 4 des Gesetzes vom 23. 4. 1883 / 31. 5. 1923), so hat die Polizeibehörde immer noch die Mög-

87) Bayern und Hessen kennen überhaupt keine polizeilichen Strafverfügungen.
88) K.G.J. Ergänzungsband I. S. 106.

lichkeit, ihre Strafverfügung zurückzunehmen. Tut sie dies nicht, so muß sie die Akten der zuständigen Staatsanwaltschaft übersenden, die nun ihrerseits wieder für die Weiterleitung an das zuständige Amtsgericht Sorge trägt (§ 414 II St.P.O.). Damit ist die Tätigkeit der Polizei abgeschlossen, und das weitere Verfahren spielt sich in den üblichen Formen der Hauptverhandlung eines Strafprozesses vor dem ordentlichen Strafrichter ab (§§ 416, 417 St.P.O.).

Wird dagegen der Antrag auf gerichtliche Entscheidung oder eine nach den Landesgesetzen zulässige Beschwerde an die höhere Polizeibehörde[89] nicht oder nicht rechtzeitig gestellt, so erlangt die polizeiliche Strafverfügung Rechtskraft[90] und dementsprechend auch Vollstreckbarkeit.

Weitere Zuweisungen von Sachen strafrichterlicher Tätigkeit an Polizeibehörden sind in der Reichs- oder Landesgesetzgebung Preußens nicht ausgesprochen.

Umgekehrt gibt es keinen Fall, in dem polizeiliche Aufgaben den ordentlichen Strafgerichten zugewiesen wären[91], wenn man nicht das sogenannte objektive Verfahren nach § 42 St.G.B., das gemäß §§ 430 ff. St.P.O. den Strafgerichten zur Behandlung überwiesen ist, zur polizeilichen Tätigkeit rechnet.[92] Die Natur dieses Verfahrens ist stark umstritten. Frank[93] bezeichnet es „als ein S t r a f verfahren, als eine eigentümliche Form der Strafverfolgung..... Der Gesetzgeber fordert hier wie in anderen Fällen auch zur Duchführung einer Verwaltungsmaßregel einen Strafprozeß wegen der Garantien, die er bietet."

Bei der gesamten Darstellung der gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Strafgerichtsbarkeit ist davon ausgegangen, daß unter Strafe im Sinne von Kriminalstrafe auch die sog, Polizeistrafe zu verstehen ist. Diese Annahme ist aber in dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht unbestritten, und es bedarf daher zu ihrer Rechtfertigung einiger Ausführungen.

Unser z. Z. geltendes Strafrecht teilt die strafbaren Handlungen ein (§ 1 St.G.B.) in Verbrechen, Vergehen und Ueber-

89) In Preußen gibt es eine solche Beschwerde nicht.
90) Bestritten! Vgl. Gerland, Strafrecht S. 467 und Anm. 319. Beling a.a.O. Seite 519.
91) Vgl.§ 4 E.G.G.V.G.
92) Vgl. Dohna, Strafprozeß, S. 245. Beling a.a.O. S. 470. Gerland, Strafprozeß S. 478. Stein a.a.O. S. 39.
93) St.G.B. § 42 Anm. I.

tretungen und knüpft an jede Art dieser strafbaren Handlungen je nach ihrer Schwere eine mehr oder weniger scharfe Strafdrohung. Die leichtesten strafbaren Handlungen, die sog. Uebertretungen, sind von den Vergehen und Verbrechen scharf geschieden durch die geringste Strafdrohung und durch die in mehrfacher Beziehung unterschiedliche Behandlung, so insbesondere bei der Bestrafung des Versuches und der Beihilfe (§§ 43, 49 St.G.B.). Faßt man diesen Unterschied als einen qualitativen auf, so kommt man zu einem Gegensatz von kriminellem und polizeilichem Unrecht, von kriminellen und polizeilichen (= Polizeiübertretungen) Strafhandlungen. Es ist dann nur ein weiterer Schritt das polizeiliche Unrecht aus dem Kreise der strafbaren Handlungen auszuscheiden und die Foderung nach einem eigenen Verwaltungsstrafrecht aufzustellen oder gar zu behaupten, daß es ein solches de lege lata schon gäbe.

Der Gegensatz von kriminellem und polizeilichem Unrecht hat die eingehendste wissenschaftliche Behandlung und zugleich seine eifrigste Fürsprache in Goldschmidt[94] gefunden, dessen Theorie sich kurz wie folgt zusammenfassen läßt: In seinem Werke „Verwaltungsstrafrecht", das seine Lehre am gründlichsten darlegt, geht er aus von einem Gegensatz zwischen Verfassungs- und Verwaltungsstrafrecht, der historisch begründet ist — „die Geschichte des Verwaltungsstrafrechts ist zugleich seine Theorie"[95] —. Dieser Gegensatz beruht aber wieder auf einem Doppelgegensatz in Zweck und Mittel, nämlich zwischen Wollendürfen und Wohlfahrt (Zweck) und zwischen Verfassung und Verwaltung (Mittel). Wollendürfen und Wohlfahrt als menschliche Interessen führen in jedem Menschen einen Kampf und stehen in ihm im Gegensatz zueinander. Bei gewissen menschlichen Einrichtungen kommen aber auch beide Interessen zu ihrem Rechte: so u. a. im Verwaltungsstrafrecht, das einem ausgleichenden Kompromisse dieser beiden Interessen seine Entstehung verdankt. W o l l e n d ü r f e n ist subjektiv das Interesse eines Willensträgers, objektiv die erst durch die Koexistenz mehrerer Willensträger bedingte Machtsphäre der verschiedenen Willensträger zueinander, deren Feststellung erst den Frieden und die Möglichkeit menschlichen Zusammenlebens

94) Vgl. Verw.Strafrecht, S. 529 ff. Festgabe für Koch, S. 415 ff.
95) a.a.O. S. 529.

schafft.[96] Den Zweck des Wollendürfens verwirklicht die menschliche Gesellschaft durch die Verfassung als die Erklärung des allgemeinen Willens über den z. Zt. anzuerkennenden Umfang der Machtsphäre der verschiedenen Willensträger[97]. Wohlfahrt ist das von der Gesamtheit angestrebte, aber unerreichbare Ziel höchster ideeller und materieller Vervollkommnung. Ihr Zweck wird verwirklicht durch Verwaltung, d. i. Handlung und zwar die auf Wohlfahrtsförderung gerichtete menschliche Tätigkeit[98]. Wenn sich nun ein Willensträger gegen den allgemeinen Willen auflehnt — dammum emergens —, so ist dies einmal ein Ergebnis des Zweckes der Rechtsverfassung, eine Rechtsgüterbeeinträchtigung (materielles Element), zum anderen ein Ergebnis der Natur der Rechtsverfassung: eine Rechtswidrigkeit (formelles Element), ein Unrecht. Die Vorsorge der Rechtsverfassung gegen eine solche Auflehnung ist die von ihr ausdrücklich durch den Mund des Staates abzugebende Gegenerklärung in Form des Richterspruches.[99]

Wenn dagegen ein subjektloses ideelles oder materielles Gut des Publikums, also das öffentliche Wohl als solches angegriffen erscheint, so ist das keine Auflehnung gegen die Rechtsverfassung. Das öffentliche Wohl ist nicht ein Ergebnis, sondern ein anzustrebendes Ziel. Daher ist eine Durchkreuzung des öffentlichen Wohles auch nicht eine Beeinträchtigung eines Ergebnisses, sondern die Unterlassung der Förderung eines Zieles — lucrum cessans. Da aber das Vorliegen und der Umfang einer solchen Unterlassung schwer festzustellen sind, muß an Stelle der Förderung des öffentlichen Wohles eine Tätigkeit treten, die nach allgemeiner Uebereinkunft als Förderung des öffentlichen Wohles gilt. Als solche wird die Staatsverwaltung angesehen. Die Beeinträchtigung des öffentlichen Wohles besteht in der Unterlassung der Unterstützung der auf Förderung des öffentlichen oder Staatswohles gerichteten bzw. fiktiv als solche Förderung erscheinenden Staatsverwaltung. Das ist aber Verwaltungswidrigkeit, die der Rechtswidrigkeit als dem formellen Unrecht entgegenzusetzen ist. Aus der Eigentümlichkeit des der Ver-

96) a.a.O. S. 530.
97) a.a.O. S. 531.
98) a.a.O. S. 530/33.
99) a.a.O. S. 540/41.

waltungswidrigkeit zu Grunde liegenden Zweckes und des Verhältnisses des Zweckes zum Realisierungsmittel ergibt sich, daß diese sich nicht wie die Rechtswidrigkeit gegen eine Willenserklärung, sondern gegen eine Willensbetätigung richtet. Dementsprechend wird die Verwaltungswidrigkeit nicht mit einer Erklärung, sondern mit einer Betätigung des Willens der Staatsverwaltung bekämpft. Soweit die Willenskundgebung der Verwaltung für andere maßgebend wird, erscheinen diese fiktiv nicht als gesonderte Willensträger, sondern als Hilfsorgane, die ohne Befehl oder Verbot der ganzen Tendenz der staatlichen Tätigkeit entnehmen, was sie zu tun und zu lassen haben.[100]

Zu den wichtigsten staatsrechtlichen Sätzen aus der Gesamtheit der Rechtssätze, welche den Grundstock des modernen Staatsrechts, insbesondere der Verfassung, bilden, gehören einmal die Feststellung der Verwaltungszweige, bei denen eine Erzwingung der Unterstützung zulässig ist, und sodann der Grundsatz, daß die Erzwingung der Unterstützung sich fortan in Gestalt des Strafrechtes zu betätigen habe. Damit tritt neben das eigentliche Strafrecht, Verfassungstrafrecht, ein Pseudostrafrecht,. das Verwaltungsstrafrecht. Gemeinschaftlich nur in der Form mit jenem bleibt es doch ein Institut der Verwaltung und durch seine Eigentümlichkeit ein besonderer Teil des Verwaltungsrechtes.[101] Um dies zu beweisen, muß seine juristisch-dogmatische Natur als Verwaltungsrecht aufgezeigt werden, d. h. daß die Rechtsfolge des Verwaltungsdeliktes eine verwaltungsrechtliche, keine strafrechtliche ist.[102] Zunächst muß Subjekt des Verwaltungsstrafrechts die Verwaltung sein. Dies ergibt sich aus dem Verhältnis zu Verwaltung und Einzelwesen. Sodann ist der Bestrafte nicht wie in der Strafjustiz Rechtsobjekt, sondern verpflichtetes Rechtssubjekt, das seine Verpflichtung selbständig erfüllt, wie der zur Zahlung einer Vertragstrafe oder eines Schadensersatzes Verpflichtete. Wenn es im geltenden Rechte Fälle gibt, in denen Strafrecht nicht durch die Justiz, sondern durch die Verwaltung in freier Einigung mit dem Straffälligen ausgestaltet und ausgeübt wird, so ist dies ein Beweis dafür, daß es sich hier um Fälle handelt, in denen ein subjektives

100) a.a.O. S. 544/49.
101) a.a.O. S. 556.
102) Mittlg. d. Intern. Krimin. Vereinigung, Bd. 12, S. 229/230.

Verwaltungsstrafrecht anerkannt wird. Das objektive Verwaltungsstrafrecht ist nur eine historisch zu erklärende Erscheinungsform des subjektiven.[103] Daraus ergeben sich folgende Schlüsse: de lege lata ist das gesamte Verwaltungsstrafrecht, darunter auch das Polizeistrafrecht, von Wissenschaft und Praxis als Verwaltungsstrafrecht, d. i. Verwaltungsrecht zu behandeln. Weiter ist das Verwaltungsstrafrecht die Deliktsobligation des Verwaltungsrechtes.[104] Damit glaubt Goldschmidt die früher gegebene Begriffsbestimmung des Verwaltungsstrafrecht als „der Inbegriff derjenigen Vorschriften, durch welche die mit der Förderung des öffentlichen oder Staatswohles betraute Staatsverwaltung im Rahmen staatsrechtlicher Ermächtigung in der Form von Rechtssätzen an die Uebertretung einer Verwaltungsvorschrift als Tatbestand eine Strafe als Verwaltungsfolge knüpft"[105] ergänzt zu haben.

Von diesem Standpunkte aus logisch folgerichtig ist dann Goldschmidts Forderung, daß das Verwaltungsstrafrecht seiner wahren Herkunft nach nur Verwaltungsgerichten zugewiesen werden könne.

Ausgesprochene Anhänger der Goldschmidtschen Theorie sind Friedenthal,[106] Pollack[107] und Umhauer.[108] Eine besondere Stellung nimmt Hofacker[109] ein. Er ist Verwaltungsrechtspraktiker und sucht u. a. sowohl aus dem Inhalte der Gesetzesbestimmungen wie aus statistischen Ergebnissen das Vorhandensein eines Verwaltungsstrafrechts zu begründen.

Was innerhalb des Verwaltungsstrafrechts das Polizeistrafrecht anlangt, so ist dieses in der Strafprozeßordnung im 6. Buche mit der Ueberschrift „Besondere Arten des Verfahrens" als „Das Verfahren nach vorangegangener polizeilicher Strafverfügung" behandelt. Durch diese Gegenüberstellung zu den fünf Büchern „Allgemeine Bestimmungen" ergibt sich schon die besondere Verfahrensart. Dies wird immer übersehen oder von den Strafrechtlern, die von Verwaltungsrecht nichts wissen wollen, mit der „Auch-Theorie" bekämpft, daß die allgemeinen Verfahrensbestimmungen der St.P.O. „auch"

103) I.K.V. S. 231 ff.
104) I.K.V. S. 237.
105) Verw.Strafr. S. 537.
106) Preßverw. Strafrecht, S. 1 ff.
107) Finanzstrafrecht, S. 1 ff.
108) Ein Beitrag zur Lehre von Begriff u. Wesen d. Polizeideliktes, S. 1 ff.
109) Staatsverwaltung S. 358 ff. Grenzabscheidung S. 108 ff. u. Verw.Arch. Bd. 15 S. 404 ff.

gelten, als ob neben einem besonderen Verfahren noch das allgemeine Platz hätte und der Jurist nach freier Wahl bald einen Grundsatz des allgemeinen, bald einen solchen des besondern Verfahrens hervorziehen könnte. Bezüglich der Frage nach der Natur des Sonderverfahrens — reichs- oder landesrechtlich — ist Jellineks Ansicht, daß das Landesrecht einen Bestandteil des Reichsrechtes selbst bilde, maßgebend.[110] Ferner ist § 152 St.P.O. — Legalitätsprinzip — auf das Polizeistrafverfahrensrecht nicht anwendbar, ebenfalls nicht mit der „Auch"-Theorie, daß Uebertretungen durch den Rechtsbehelf des Antrages auf gerichtliche Entscheidung „auch" gerichtlich strafbar und verfolgbar seien, durch gekünstelte Gedankengänge zu begründen. Da die Landesgesetzgebung nur von „Befugnis" der Polizeibehörden spricht, ist auch aus ihr das Legalitätsprinzip nicht zu entnehmen.[111] Die Strafprozeßgesetze der Landesgesetzgebung sehen die Polizeibehörden nicht als Gerichte an, sondern als Verwaltungsbehörden. Auch die Möglichkeit des Antrages auf gerichtliche Entscheidung nimmt dem Polizeistrafverfügungsverfahren nicht den verwaltungsrechtlichen Charakter. Denn dieser Antrag ändert an der Natur des bisherigen Verfahrensganges nichts und kann auch den Charakter des Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten nicht beeinflussen — Doppelverwaltung eigener Art —.

Vor allen Dingen ist hier aber das erdrückende Tatsachenmaterial zu erwähnen, daß nur ein ganz geringer Prozentsatz der polizeilichen Strafverfügungen durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor die ordentlichen Strafgerichte gebracht wird. Der Schwerpunkt liegt bei den Polizeibehörden d. h. den Verwaltungsbehörden. Zum Schluß wird auch noch auf die verschiedene Behandlung der Uebertretungen im geltenden Rechte bei Versuch, Beihilfe und Begünstigung hingewiesen.[112] Die aus diesen Darlegungen abzuleitende Folgerung ist, daß es schon de lege lata ein hinkendes Verwaltungsstrafrecht im Strafverfügungsverfahren gibt.

Die Theorie des Verwaltungsstrafrechtes, und damit auch des qualitativen Unterschiedes zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht hat mit Ausnahme der genannten Schrift-

110) S. 366/68 (Staatsverw.) u. S. 126 (Grenzabscheidg.).
111) S. 368/70 und S. 125/27.
112) S. 370/75.

steller weder im Straf- noch im Verwaltungsrechte eine Anhängerschaft gefunden. Binding[113] und Liszt-Schmidt[114] sympathisieren de lege ferenda mit ihr, lehnen sie aber de lege lata ab, rechnen also auch die Polizeiübertretungen nach geltendem Rechte zu den kriminellen Delikten.

Die überwiegende Mehrheit im Schrifttum lehnt diese Theorie, wenn auch mit verschiedener Begründung, überhaupt ab. Besonders beachtenswert ist auch, daß sich die gesamte Strafrechtsreform mit ihr nicht hat befreunden können.

Vgl. Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 34, 131 und Reichsstrafprozeß, S. 106. Fleiner, a.a.O. S. 216. Frank, Studien, S. 6 ff. und St.G.B. Vorbemerkung vor § 360. Gerland, Strafrecht, S. 85. Hatschek, a.a.O. S. 158 ff. O. Mayer, a.a.O. I. S. 257 ff. Peters, Verw. Arch. Bd. 29. S. 387. Rosin, Pol.Vero.R. S. 58, Anm. 13. Schultzenstein, Verw.Arch. Bd. 11. S. 151 ff. Thoma, Polizeibefehl. S. 85. Trops, Begriff und Wert. S. 34 ff.

Es ist zuzugeben, daß es tatsächlich de lege lata Unterschiede in der Behandlung der Uebertretungen gegenüber den Vergehen und Verbrechen gibt. Diese Unterschiede — §§ 6, 27a, 43, 49, 77, 257 St.G.B. — enthalten aber keinen begrifflichen Gegensatz zu den anderen strafbaren Handlungen. Sie finden sämtlich ihren Grund in dem Wesen der Uebertretung als der leichtesten Art der strafbaren Handlungen. Daraus kann also ein generischer Unterschied der Uebertretungen von den Vergehen und Verbrechen nicht abgeleitet werden.

Eine wissenschaftliche Kritik der Goldschmidtschen Theorie würde im Rahmen dieser Abhandlung zu weit führen; sie ist m. E. mit Erfolg von Trops a.a.O. versucht worden. Die Kritik müßte vor allen Dingen den grundlegenden Gedanken von dem Gegensatz zwischen Verwaltungswidrigkeit und Rechtswidrigkeit (sowohl im formellen wie im materiellen Sinne) zu widerlegen suchen. Insbesondere besteht zu der formellen Rechtswidrigkeit kein begrifflicher Gegensatz. Wenn formell rechtswidrig „die Handlung als Uebertretung einer staatlichen Norm, eines Gebotes oder Verbotes der Rechtsordnung“[115] ist oder man formelle Rechtswidrigkeit mit

113) Normen II 2. S. 1204.
114) Lehrbuch S. 39.
115) Liszt-Schmidt § 32 I.

„Normenwidrigkeit" gleichsetzt, so kann man nicht leugnen, daß es auch Handlungen gibt, die der Tätigkeit von Verwaltungsorganen zuwiderlaufen, und diese Handlungen auch „staatliche Normen" und „Gebote und Verbote der Rechtsordnung" verletzen. Denn auch die Verwaltung steht unter der Rechtsordnung.

Es muß dann auch noch auf rein praktische Unzuträglichkeiten hingewiesen werden, die aus der eigenartigen dezentralisierten Organisation unserer Verwaltungsbehörden und -gerichte herrühren ,wobei nicht verkannt wird, daß Einheitsbestrebungen z. Zt. schon im Gange sind. Aber diese wollen doch nur die landesrechtliche Verwaltungsorganisation reichsrechtlich zusammenfassen. Die Uebertragung der Rechtsprechung des Verwaltungsstrafrechtes an Verwaltungsgerichte (Goldschmidt) oder -behörden (Hofacker) würde diese vor ganz andersartige Aufgaben stellen, denen sie ihrem bisherigen Wesen nach nicht gewachsen erscheinen.

Diese Streitigkeiten um die Frage des Gegensatzes von kriminellem und polizeilichem Unrecht haben zu dem Ergebnis geführt, daß ein solcher Gegensatz nicht aufzufinden ist. Es sind nur quantitative Unterschiede in der Behandlung durch die bestehenden Gesetze festzustellen. Dann ist aber auch das polizeiliche Unrecht Strafrecht. Die reichsrechtlich ermöglichte, in Preußen landesrechtlich erfolgte Zuweisung des Polizeistrafverfügungsverfahrens an Polizeibehörden ist nur eine Zuweisung von strafrichterlicher Tätigkeit an Verwaltungsbehörden und nicht eine grundsätzlich verwaltungsrechtliche Tätigkeit.

Die bisherige Darlegung beschäftigte sich nur mit Strafsachen, die deswegen so genannt werden, weil in ihnen über eine Strafe im Sinne des materiellen Strafrechtes entschieden wird. Neben dieser sog. echten Strafe, die auch peinliche oder Kriminalstrafe genannt wird, gibt es noch „eine ganze Reihe von Erscheinungen, die Strafen sind oder Strafen genannt werden, und doch nichts mit diesen Strafsachen zu tun haben."[117] Dies ist vor allen Dingen die Zwangsstrafe des Verwaltungsrechtes, auch Exekutiv-, Vollstreckungs-, Ungehorsams- oder Beugestrafe genannt, die in Gegensatz zu der Kriminalstrafe tritt.

117) Stein a.a.O. S. 45.

Die Kriminalstrafe wird mit wenigen Ausnahmen[118] von den Strafgerichten verhängt, die Zwangsstrafe des Verwaltungsrechtes von den Verwaltungsbehörden, also auch den Polizeibehörden, festgesetzt.

Im einzelnen unterscheiden sich diese beiden Arten von Strafen durch ihre verschiedenen Zwecke.

Die Kriminalstrafe „als Rechtsfolge eines Deliktes"[119] will Vergangenes sühnen, die Zwangsstrafe dagegen eine Handlung oder Unterlassung herbeiführen. Sie ist neben der Ersatzvornahme und dem unmittelbaren Zwange ein Zwangsmittel der Verwaltung, um die Durchführung ihrer obrigkeitlichen Befehle zu erzwingen.[120]

Die Kriminalstrafe wird angedroht durch Rechtssatz, die Zwangsstrafe durch Verwaltungsakt auf Grund eines Rechtssatzes. Für die Anwendung jener gilt das Legalitätsprinzip,[121] für die Anwendung dieser das Opportunitätsprinzip. Der für die Kriminalstrafe herrschende Grundsatz ne bis in idem ist bei der Zwangsstrafe aufgegeben. Sie kann mehrmals wiederholt werden. Ist aber die zu erzwingende Handlung oder Unterlassung nachgeholt worden — auch unter Ueberschreitung einer gegebenenfalls gesetzten Frist — so ist für ihren Erlaß kein Raum mehr.[122]

Ueber diese dargelegten Grundsätze von Kriminal- und Zwangsstrafe sind sich Wissenschaft und Rechtsprechung einig. Ein lebhafter Streit herrscht dagegen über die Frage, ob beide Strafen nebeneinander festgesetzt werden können.

Das preußische Oberverwaltungsgericht hat dies verneint.[123] Die Wissenschaft vertritt zum großen Teil den gleichen Standpunkt.[124] O. Mayer begründet dies „mit den allgemeinen Grundsätzen über die bindende Kraft des Rechtssatzes für die vollziehende Gewalt. Wenn der Rechtssatz auf einen Tatbestand eine bestimmte Strafe gesetzt hat, so hat er sich dieser Materie bemächtigt; die vollziehende Gewalt kann hierfür Strafe verhängen nur nach Maßgabe seiner Bestimmun-

118) Vgl. S. 37/39.
119) Stein a.a.O. S. 46.
120) Vgl. § 132 I Z. 2 L.V.G., §§ 28, 29 St.G.B.
121) Vgl. die Ausnahme des § 153 St.P.O.
122) Vgl. Jellinek a.a.O. S. 326 ff. Fleiner a.a.O. S. 218 ff. O. Mayer I S. 272 ff. Hatschek a.a.O. S. 408 ff.
123) O.V.G. Bd. 5 S. 278 ff. Bd. 52 S. 302 ff.
124) Vgl. O. Mayer I. S. 279, Rosin, Pol.Vero.R. S. 103 ff.

gen. Die Ungehorsamsstrafe ist aber gleichfalls Strafe trotz ihrer besonderen Natur und deshalb durch die Alleinherrschaft des Rechtssatzes ausgeschlossen, soweit dieser reicht."

Gegen diese Ansicht haben Neukamp[125] und Hofacker[126] scharfe Angriffe gerichtet und gerade die Wesensverschiedenheit von Kriminal- und Zwangsstrafe betont. Ihnen haben sich Fleiner[127], Jellinek[128], Hatschek[129] u. a. m. angeschlossen. Die Verwaltungsbehörden seien nach der herrschenden Meinung „ihrer wirksamsten Waffe"[127] beraubt. „Man bedenke doch auch, daß die Verwaltungsbehörden nicht Herren der echten Strafe sind, bei Vergehensstrafen überhaupt nicht, bei Uebertretungsstrafen höchstens in der Form gerichtlich aufhebbarer Strafverfügungen. Sie wären also bei Richtigkeit der preußischen Rechtsprechung in der Erfüllung ihrer Aufgaben lahmgelegt. Wie stilwidrig klingt es doch, wenn die Behörde nicht mit der Verhängung einer Zwangsstrafe, sondern mit der Anzeige an die Staatsanwaltschaft droht!"[128]

Die letztere Ansicht verdient den Vorzug, denn die Praxis des Verwaltungsrechtes, und damit auch des Polizeirechtes, kann der Zwangsstrafe nicht entraten. Insbesondere ist sie dann machtlos, wenn die Kriminalstrafe schon verhängt ist. Der strafrechtliche Tatbestand ist damit erschöpft und verbraucht. Eine erneute Kriminalstrafe ist rechtlich unzulässig, würde auch das gewünschte Ziel nicht herbeiführen. Dann kann die Verwaltungsbehörde ihre obrigkeitlichen Befehle nur durchsetzen mit der Zwangsstrafe, die beliebig wiederholt werden kann und gerade darum um so wirkungsvoller ist.

Für die Grenzen zwischen Polizeigewalt und Strafgerichtsbarkeit ist noch ein Unterschied innerhalb der Polizei selbst von grundsätzlicher Bedeutung: Wenn oben[130] Polizeigewalt als die staatliche Tätigkeit, die die Störungen der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit von der staatlichen Gesellschaft abzuwehren hat, bestimmt ist, so ist damit die Sicherheitspolizei i. w. S. oder Gefahrenpolizei gemeint. Aufgabe dieser

125) Verw.Arch. Bd. 3 S. 177 ff.
126) Verw.Arch. Bd. 14 S. 447 ff.
127) a.a.O. S. 220 Anm. 20.
128) a.a.O. S. 327.
129) a.a.O. S. 415/416.
130) Seite 9.

Polizei ist es also, gegenwärtige oder zukünftige Gefahren abzuwehren, insbesondere drohenden Rechtsverletzungen vorzubeugen. Demgegenüber beschränkt sich die Aufgabe der Strafgerichtsbarkeit darauf, für begangene Uebel und Störungen Strafen festzusetzen. Wenn sie sich hierbei der Hilfe der Polizei bedient, so ist diese Polizei als die sog. gerichtliche oder Kriminalpolizei (Polizei der Strafrechtspflege)[131] scharf zu trennen von der Sicherheitspolizei i. w. S. Die gerichtliche Polizei hat die Aufgabe, begangene Strafrechtsverletzungen aufzuklären (§ 163 St.P.O.). Sie tritt damit in scharfen Gegensatz zu den übrigen Zweigen der Polizei und insbesondere auch der Sicherheitspolizei i. w. S. Sie gehört in das Gebiet des Strafrechtes, die Sicherheitspolizei in das Gebiet des Verwaltungsrechtes. Die gerichtliche Polizei steht unter der Leitung der Staatsanwaltschaft, selbst wenn sie den gewöhnlichen Behörden der Polizei übertragen ist (§ 153 G.V.G.). Die gesetzliche Grundlage für ihre Befugnisse (Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme, Auskunftserhebung) ist in der Strafprozeßordnung[132] zu finden. Die Rechtsmittel gegen die Verfügungen der gerichtlichen Polizei sind die Beschwerden an die Oberstaatsanwaltschaft und Generalstaatsanwaltschaft (die sog. Justizaufsichtsbeschwerde).[133]

Die Befugnisse der Sicherheitspolizei sind in § 10 II 17 A.L.R. oder in speziellen Gesetzen, die Rechtsmittel gegen ihre Verfügungen in §§ 127 bis 132 L.V.G. (Beschwerde mit Schlußklage oder Wahlklage) geregelt.

4. Polizeigewalt und freiwillige Gerichtsbarkeit.

Es ist bestritten, ob die freiwillige Gerichtsbarkeit als zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Tätigkeit anzusehen ist.[134] Doch ist diese Frage für die Abgrenzung gegenüber der Polizeigewalt von keiner Bedeutung.

Fast alle reichsgesetzlich geregelten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind den Gerichten überwiesen. Vorbehalte sind nur in wenigen Fällen zulässig. Auf Grund solcher Vorbehalte ist eine Uebertragung an jede Behörde,

131) Jellinek a.a.O. S. 327.
132) Vgl. O.V.G. Bd. 26 S. 386.
133) Vgl. §§ 98, 127, 158, 159, 189 St.P.O.
134) Seite 10.

d. h. „selbständige mit öffentlichen Funktionen betraute Amtsstelle, die vermöge ihrer Organisation von der Person des einzelnen Inhabers unabhängig ist“,[135] möglich. Fälle, in denen andere Behörden als Gerichte mit Tätigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit betraut sind, z. B. das Patentamt, das Standesamt, die Grundbuchämter, die Tätigkeit der Notare bei der Erbesauseinandersetzung u. a. m., gehören nicht hierher; denn diese Behörden sind keine Polizeibehörden.

Andererseits sind polizeiliche Aufgaben den Gerichten oder Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zugeteilt.

135) Stein a.a.O. S. 37.

Lebenslauf.

Am 17. Januar 1903 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Paul Apel und seiner Ehefrau Marie, geb. Lehmann, zu Sagan in Schlesien geboren. Ich bin Preuße und evangelischen Bekenntnisses. Nach vierjährigem Besuch der Saganer städtischen Knaben-Mittel-Schule trat ich Ostern 1913 in das humanistische Gymnasium meiner Vaterstadt ein und verließ diese Anstalt Ostern 1922 mit dem Zeugnis der Reife. Von S.S. 1922 bis einschließlich W.S. 1925/26 studierte ich an den Universitäten Breslau, Leipzig und München Rechts- und Staatswissenschaften. Am 21./22. Dezember 1926 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 21. Februar 1927 die mündliche Doktorprüfung. Vom 1. Februar 1927 bis 27. Februar 1930 war ich im praktischen Vorbereitungsdienst als Referendar tätig. Seit 23. April 1930 befinde ich mich in der großen Staatsprüfung.